

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI, MERCATI, DIRITTI E TUTELE

Ciclo XXVIII

Settore Concorsuale di afferenza:12/G1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/17

GIUSTIZIA RISTORATIVA
E
MEDIAZIONE PENALE

Presentata da: Dott.ssa Francesca Tugnoli

Coordinatore Dottorato
Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

Relatore
Chiar.mo Prof. Massimo Pavarini

Co-Relatore
Chiar.mo Prof. Gaetano Insolera

Esame finale anno 2016

GIUSTIZIA RIPARATIVA
E
MEDIAZIONE PENALE

Al Prof., ora stella in cielo
A mio marito e mio figlio, mie luci di vita

Ringraziamenti

Anzitutto un ringraziamento speciale al Prof. Massimo Pavarini che mi ha permesso di intraprendere questo percorso di studi accompagnandomi fin dalla tesi di laurea e che ora non c'è più.

Un grazie ancora più prezioso al Prof. Davide Bertaccini che mi ha aiutata nel momento più difficile e al Prof. Gaetano Insolera che si è curato di me dopo la scomparsa del Professore.

Un pensiero speciale va a mio figlio di 11 mesi e mio marito che mi sono stati accanto in questi mesi, pazientando della mia lontananza e della mia assenza.

E un grazie di cuore ai miei genitori senza i quali non avrei raggiunto alcuno di questi traguardi.

Indice

Introduzione	7
PARTE I: LA GIUSTIZIA RISTORATIVA	11
Capitolo I: La pena tradizionale	12
1. Modelli di giustizia e funzioni della pena	13
2. L'impossibilità ontologica di rinvenire un fondamento scientifico alla teoria della pena.....	20
3. La crisi del diritto penale classico	25
Capitolo II: La vittima	28
1. Il ruolo della vittima nel sistema penale	29
2. La riscoperta della vittima	31
Capitolo III: La <i>Restorative Justice</i>	35
1. Per una definizione di giustizia restaurativa.....	36
2. Fondamento e limiti della <i>Restorative Justice</i>	38
3. I vari tipi di giustizia restaurativa	44
PARTE II: LA MEDIAZIONE PENALE	49
Capitolo I: La sostanza della mediazione penale	50
1. La nascita della mediazione penale.....	51
2. La sostanza della mediazione penale.....	54
3. I presupposti della mediazione	57
3.1. <i>I documenti internazionali</i>	57
3.2. <i>Il consenso delle parti</i>	67
3.3. <i>La concorde visione sugli elementi costitutivi del reato</i>	69
4. I soggetti della procedura.....	71
4.1. <i>La vittima</i>	73
4.2. <i>Il Reo</i>	78
4.3. <i>Il mediatore</i>	84
4.4. <i>Le altre parti sullo sfondo: la polizia</i>	90
4.5. <i>(segue): i magistrati</i>	94
4.6. <i>(segue): le agenzie</i>	98
4.7. <i>Le cosiddette parti eventuali</i>	100

5. I luoghi degli incontri	101
6. Quando esperire la mediazione.....	103
Capitolo II: Gli effetti	106
1. I pro e i contro della mediazione	109
2. Il livello di soddisfazione delle parti.....	119
3. Quando riesce la mediazione	123
4. Perché non riesce la mediazione: il caso di Shaun	127
Capitolo III: Case Studies	133
1. <i>Not Prosecution/Diversion</i>	134
2. <i>Reprimand e Final Warning</i>	137
3. <i>Preparation of Pre-Sentence Report</i>	141
4. <i>Serving a Community Sentence</i>	144
5. <i>Serving a Custodial Sentence</i>	146
6. <i>Post Custody</i>	152
Capitolo IV: Le forme di mediazione esistenti in Italia	155
1. Le ipotesi codificate di mediazione penale	156
2. La competenza penale del giudice di pace	156
2.1. <i>Premessa</i>	156
2.2. <i>La "mediazione" davanti al giudice di pace</i>	158
3. Istituti di diversione processuale per gli imputati minorenni.....	163
3.1. <i>Premessa</i>	163
3.2. <i>I requisiti applicativi della messa alla prova</i>	166
3.3. <i>I requisiti procedurali</i>	171
3.4. <i>Prassi e problematiche applicative di mediazione minorile</i>	175
3.5. <i>La modalità di applicativa della mediazione minorile in Italia</i>	183
4. La messa alla prova negli imputati adulti	192
4.1. <i>Collocazione e natura dell'istituto</i>	195
4.2. <i>Ambito applicativo: il limite edittale di pena</i>	195
4.3. <i>(segue): il ristoro del danno</i>	199
4.4. <i>(segue): l'affidamento ai servizi sociali e il lavoro di pubblica utilità</i>	201
4.5. <i>(segue): la sua concedibilità</i>	204
4.6. <i>(segue): l'ammissione dell'addebito</i>	205
4.7. <i>Prognosi in ordine all'esito positivo della prova</i>	208
4.8. <i>La mediazione</i>	209
5. La mediazione nel contesto della fase esecutiva.....	210

6. Conclusioni	217
PARTE III: PROSPETTIVE DI SVILUPPO	219
Capitolo I: Le barriere formali all'implementazione della mediazione in Italia	220
1. I limiti costituzionali	221
2. I limiti "procedurali"	233
Capitolo II: Orizzonti futuri	240
1. Premessa.....	241
2. In ambito minorile.....	243
3. Per gli imputati adulti.....	253
3.1. <i>Modifiche rispetto agli istituti esistenti: il giudizio davanti al giudice di pace</i>	254
3.2. <i>(segue): la messa alla prova</i>	257
3.3. <i>(segue): la fase esecutiva</i>	261
3.4. <i>(segue): nuove prospettive di sviluppo</i>	264
4. Conclusioni	271
Bibliografia	277
Sitografia	293

Introduzione

«*Si membrum nupsit ni cum eo pacit, talio est*»¹, con queste parole le XII Tavole introducevano per la prima volta l'antesignano della mediazione penale. Già gli antichi romani, dunque, auspicavano di raggiungere una soluzione pacifica e soprattutto concordata dei conflitti prima di ricorrere al drastico rimedio fornito dalla legge del Taglione dell'*occhio per occhio dente per dente*: in un sistema basato sulla vendetta che sembra addirittura contraddire i più elementari canoni giuridici, si ammette, e anzi si spera, di pervenire ad una soluzione amichevole delle controversie piuttosto che comminare una sanzione uguale e contraria al danno subito.

La pena non è stata nell'antichità oggetto di grande attenzione da parte degli studiosi del diritto.

Il sistema penale nasce per superare la “legge del taglione” vista come arbitraria e non compatibile con i principi che si stavano affermando, per trovare delle sanzioni che concorrano a frenare la violenza e permettano forme di risarcimento collettivo che, solo simbolicamente, corrispondono a ciò che il reo ha realmente fatto. Inizia così a farsi strada una nuova teoria che introduce il concetto di retribuzione. Retribuzione nella sanzione per superare la *vindicta* personale, retribuzione per evitare che il Principe sia l'unico arbitro nella scelta dell'*an* e del *quantum* di pena da comminare. Una pena proporzionata è per sua natura giusta, opportunamente modulabile e tale da permettere che il Sovrano non sia più il padrone assoluto ed incondizionato del potere punitivo, cosicché quest'ultimo non sia più esercitato indiscriminatamente ed in modo del tutto arbitrario. Si crea quindi una relazione causale tale per cui chi ha commesso il fatto *x* di gravità *y* merita di essere punito con una pena proporzionale ai due parametri sopra indicati ed il carcere può assolvere perfettamente a questa funzione. La libertà e l'eguaglianza, infatti, appartengono a tutti indiscriminatamente e per tutti i cittadini hanno analogo valore, indipendentemente dalle differenze di ceto. Invero, prevedendo una

¹ Legge delle XII Tavole, «*Se una persona mutila un'altra e non raggiunge un accordo con essa, sia applicata la legge del Taglione*».

pena che sia proporzionale alla gravità del fatto si crea una relazione causale che vale egualmente per tutti i soggetti a prescindere dalle loro condizioni economiche. In precedenza, invece, le pene pecuniarie o la pena carceraria comminata in modo del tutto arbitrario dal Sovrano determinavano inaccettabili differenziazioni in quanto le appartenenze di ceto influenzavano sia la funzione assolta dalla pena che la gravità o tipologia di sanzione da applicare. Con il modello retributivo invece, si procede a seconda della gravità del fatto commesso e si priva il reo di un numero di giorni di libertà determinati in relazione al bene che è stato offeso.

Successivamente, tuttavia, inizia a farsi strada un'idea nuova che mal si concilia con la rigidità di un sistema così congegnato: non tutti i fatti sono meritevoli di analoga pena ed è anche possibile che fatti analoghi, commessi con le stesse modalità, siano passibili di diversa sanzione perché diversi sono gli autori che li hanno commessi o le condizioni che li hanno generati. Il sistema inizia così a mostrare le sue debolezze e la sua rigidità rendendosi necessari nuovi meccanismi sanzionatori in quanto, anche per i retribuzionisti, non la mera sanzione carceraria non è più sufficiente. La medesima pena che in un primo momento era sembrata la soluzione di tutti mali mostra la sua debolezza: ci sono fatti che sono così irrisori, comunemente noti, nella terminologia contemporanea, come reati "bagatellari", che non meritano neppure di venire puniti con la privazione della libertà personale. Da qui l'esigenza di predisporre sanzioni diverse dalla mera privazione della libertà personale.

Dall'insoddisfazione per la funzione retributiva della pena, inizia a farsi strada una nuova concezione, quella rieducativa. Tale funzione permette alla pena di andare ad assumere nuovi significati che trascendono il mero fatto di reato per spingersi a considerazioni di tipo personologico. Il giudice, infatti deve scegliere la sanzione che sia opportuna non più sulla base di un mero calcolo di proporzionalità secondo la relazione fatto di reato x, pena y, bensì basandosi su un giudizio prognostico di non recidiva del reo mediante i parametri che saranno indicati dall'articolo 133 del c.p., tra i quali fondamentale quello della capacità a delinquere: il magistrato, dunque, si focalizzerà sulla valutazione di

quanto e se la personalità del reo abbisogni di una sanzione in vista della sua rieducazione. Tale teorica, inoltre, risulta perfetta attuazione dell'articolo 27 della Costituzione, che postula proprio il principio rieducativo come quello che deve essere seguito in tutti i momenti legati alla pena².

Tuttavia, ben presto, anche questa concezione ha mostrato la sua debolezza. Debolezza che partiva già dalla constatazione dell'impossibilità e nella sfiducia della capacità del sistema penale di poter svolgere ancora una qualche funzione di deterrenza tipica della concezione classica della pena (prevenzione generale). Infatti, dagli albori della nascita del sistema penale si riteneva — dovremmo forse dire, auspicava — che il diritto penale e soprattutto la pena avessero la funzione di distogliere i potenziali violatori della legge dalla commissione di reati grazie alla paura di incorrere in una sanzione particolarmente gravosa come può essere quella penale. Le teorie della prevenzione generale purtroppo, nonostante gli auspici, non sono mai riuscite a realizzare gli scopi per le quali sono sorte rivelandosi ben presto mere utopie.

L'insoddisfazione per le funzioni della pena ha portato ben presto alla nascita di nuove frontiere della penalità ed, in particolare, della giustizia ristorativa con la riscoperta del ruolo della vittima.

La trattazione, partendo proprio dalla constatata ineffettività del diritto penale e dell'impossibilità di realizzare qualsiasi funzione della pena, ripercorrerà la nascita e lo sviluppo della giustizia ristorativa ed in particolare di quella forma di essa che è la mediazione penale. Ciò al fine di indagarne la *ratio* e le

² Non mi dilungherò in questa sede nell'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale che ha portato la Corte Costituzionale dapprima a propendere per una concezione polifunzionale della pena, per arrivare solo nel 1990, con la sentenza 313, a riconoscere l'esistenza di un vero e proprio principio rieducativo in tutti i momenti legati alla pena: determinazione, comminazione in sede giudiziaria, esecuzione. A ben vedere, poi, successivamente la Corte Costituzionale è tornata nuovamente sull'argomento aprendo nuovamente le porte alla concezione polifunzionale.

Per un approfondimento dell'evoluzione giurisprudenziale degli indirizzi della Consulta, vedi sentenze della Corte Costituzionale numero: 12 del 1966 e 264 del 1974 relative alla concezione polifunzionale della pena. Secondariamente la sentenza 204 del 1974 sulla sospensione condizionale della pena, in relazione al parziale superamento della concezione polifunzionale poiché si afferma il principio di risocializzazione in fase di esecuzione della pena. La sentenza 364 del 1988 nella quale la Consulta valorizza il principio special preventivo oltre la fase dell'esecuzione della pena, per arrivare infine alla sopracitata sentenza del 1990 numero 313 nella quale si accoglie definitivamente il principio rieducativo .

potenzialità applicative di questo istituto per saggiare l'opportunità di riformare il sistema penale. L'obbiettivo sarà realizzato suddividendo la trattazione in tre parti. La prima sarà, appunto, dedicata all'analisi della giustizia restaurativa più in generale; cosa sia e da dove nasca. Successivamente si approfondirà la mediazione in una prospettiva *de iure condito*, ossia si analizzerà lo stato dell'arte italiana rispetto a tale istituto. Ciò sarà funzionale a sviluppare l'ultima parte della trattazione che si orienterà sulle prospettive future, ossia sul come e quando la mediazione potrà trovare un serio spazio nel nostro Ordinamento.

Una piccola notazione finale.

Quando ho iniziato questo percorso, di cui questa dissertazione costituisce l'epilogo, ritenevo fondamentale perché si sviluppasse la mediazione nel nostro sistema processuale — argomento che avevo già approfondito fin dalla tesi di laurea mediante un percorso all'estero, presso il King's College di Londra — l'introduzione della messa alla prova per gli imputati adulti. In questo modo, e forse solo in questo modo, sarebbe stato a mio avviso possibile raggiungere risultati analoghi a quelli ottenuti negli altri Ordinamenti o quantomeno ciò che era stato possibile in ambito minorile. La realtà, purtroppo, non è risultata all'altezza delle aspettative, in quanto, l'istituto nel frattempo introdotto appunto per gli imputati adulti, come vedremo, non ha determinato l'efficace sviluppo della mediazione. Ciò non impedisce di nutrire nuove speranze rispetto al futuro, ma ciò potrà avvenire solo se verranno adottate le modifiche normative opportune, sperando che un giorno la mediazione non sarà solo una scatola vuota ma un reale strumento di pacificazione sociale nonché meccanismo per il superamento dei conflitti.

PARTE I

LA GIUSTIZIA RISTORATIVA

“Ciò che è opposto si concilia, dalle cose in contrasto nasce l'armonia più bella, e tutto si genera per via di contesa”.

Eraclito

Capitolo I

La pena tradizionale

In questo capitolo cercheremo, in estrema sintesi, di analizzare le giustificazioni e le finalità della pena elaborate dai teorici sostanzialisti nel corso della storia al fine di comprendere come, l'irreversibile crisi del modello punitivo tradizionale, congiuntamente alla constatazione della inefficacia del sistema penale, nonché della sostanziale impossibilità di spiegare scientificamente la pena, abbia indotto a ripensare alla logica statocentrica della sanzione per piegare verso nuove forme di privatizzazione dei conflitti.

1. Modelli di giustizia e funzioni della pena

Quando ci si riferisce alla pena, e più in generale alla giustizia, non si può prescindere dall'esame del conflitto e della sua etimologia. Quest'ultimo, infatti, è un termine ambivalente: esso presuppone che a monte vi sia un litigio, ma proprio in quanto c'è un litigio esso implica confluenza e convergenza di linguaggio e comuni riferimenti simbolici.

L'origine latina del termine *confligere* significa urtare, battere insieme. Dunque, «*per il conflitto sono necessarie due entità, una indipendente dall'altra [...]*»³, ma che tuttavia «*[...] possono assumere solo tale stato in funzione del loro essere in relazione reciproca (esistenza a condizioni vincolanti che impediscono di assumere stati che sarebbero possibili ma che sono preclusi dal fatto che le entità sono in rapporto tra loro)*»⁴.

Il conflitto è diverso dal dissidio che invece divide e postula l'assenza di una comunicazione, risultando per ciò stesso più difficilmente risolvibile⁵. Anche il dissidio ha sempre accompagnato la storia dell'uomo; esso costituisce «*una componente inevitabile delle relazioni interpersonali, che al pari della complessità, viene letto (è stato letto) secondo prospettive antitetiche: come forma positiva o come male*»⁶.

Questa dualità tra il conflitto ed il dissidio costituisce la spiegazione circa il diverso approccio al conflitto che si è modificata nel corso della storia ed è anche il presupposto imprescindibile per giustificare le diverse tipologie di reazioni che gli sono state attribuite.

Nelle XII Tavole il conflitto nasceva a causa di un'azione che aveva interrotto il legame sociale e necessitava quindi di un successivo sacrificio a

³ CASTELLI S., *La mediazione: teorie e tecniche*, Raffaello Cortina Editore, 1996, p. 34.

⁴ CASTELLI S., *La mediazione: teorie e tecniche*, p. 40.

⁵ RESTA E., *Il diritto fraterno*, Roma, Laterza, 2002.

⁶ SPEDICATO IENGO E., *Complessità sociale e gestione dei conflitti*, in "Mediaries", 2007, fascicolo 10, citazione pag. 35.

opera dell'offensore per purificarsi ed espiare la colpa verso la divinità, oltreché verso la vittima⁷.

«*Vindicare ossia agire in rem*», significa letteralmente «*pretendere giudiziariamente il bene sul quale si afferma un diritto*». La vendetta nasceva quindi come qualcosa che non era negativo, anzi, si trattava di una sorta di diritto che si pretendeva in giudizio secondo un rituale sacro che permetteva di ristabilire l'ordine violato⁸.

Gli antichi credevano che l'*homo sacer* non fosse solo colui che agiva secondo la legge, ma anche colui che aveva violato la legge e che doveva essere quindi sacrificato, appunto, per ripristinare la pace con gli dei⁹. La "pace" era fatta in un rituale che vedeva coinvolta, o la vittima stessa, o un terzo estraneo che poteva comunque sacrificare l'offensore perché legittimato dalla necessità di placare la divinità arrabbiata per l'offesa ricevuta. Il popolo legittimava chiunque a ripristinare il legame con la divinità perché temeva che essa si potesse vendicare in quanto era considerata la vera vittima dell'azione sacrilega del condannato.

La vendetta è stata quindi caratterizzata da uno scambio, una relazione che s'instaurava tra la vittima, (con la sua famiglia), e l'offensore (con la sua famiglia): l'offensore, infatti, aveva un debito nei confronti della vittima che doveva essere pagato cui si contrapponeva il contrapposto credito che esigeva di essere riscattato. Tale ultima relazione presupponeva l'adempimento dell'obbligazione che si era venuta a creare e necessitava la creazione di un nuovo equilibrio alterato dall'*iniuria* tramite la ripetizione dell'atto subito o il pagamento di una somma in denaro equivalente al danno subito. Il tutto anche per ripristinare, come abbiamo sottolineato sopra, la pace con la divinità alterata dalla violazione del patto sociale di convivenza.

⁷ MAGNO in PICOTTI L (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998.

⁸ Per un approfondimento cfr. COSI G., FADDAI, *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, 2003.

⁹ BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, 2005.

Tali procedure — seppur schematicamente e rozzamente — esemplificano le basi del processo e l'idea della pena che si sono trasmesse fino all'epoca moderna.

La Legge del Taglione, ispirata al principio «*occhio per occhio, dente per dente*»¹⁰, contenuta nelle XII Tavole, è caratterizzata da una visione positiva del termine vendetta, antitetica rispetto a come la intendiamo noi, perché viene racchiusa entro schemi e regole rigide che ne delimitano l'operatività; anche il suo nome indica un preciso rituale sacrale. Tuttavia, quello che manca in questa rappresentazione della vendetta è la verifica dell'esistenza dell'elemento di soggettivo in capo all'autore della condotta. In tale procedura non occorre, infatti, l'esistenza di un qualche requisito di colpevolezza, «*ciò che conta è l'offesa portata*»¹¹.

Solo più di recente iniziò ad acquisire sempre maggiore rilevanza la dogmatica con la teoria generale del reato e, dunque, gli elementi soggettivi del reato, con una differenziazione dei crimini e delle sanzioni in relazione ai diversi gradi di coinvolgimento del reo.

La vendetta era un fatto privato, e tale doveva restare. Solo in via mediata diventava un fatto pubblico. Quando il diretto interessato non interveniva spontaneamente a ripristinare la situazione violata al fine di far espiare all' "infame" la sua colpa, allora interveniva qualcun altro, un altro membro del villaggio: un comportamento antisociale poteva suscitare l'ira degli dei — sovrani incondizionati del mondo che dovevano essere necessariamente venerati e rispettati — e quindi per evitare che la loro rabbia si scagliasse contro tutto il popolo potevano intervenire gli altri abitanti del villaggio per compiere la "vindicata". Ciò, dunque, non per espropriare e astrarre un ruolo

¹⁰ «²³Ma se segue una disgrazia, allora pagherai per la vita.²⁴occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede,²⁵bruciatura per bruciatura, ferita per ferita, livido per livido. ²⁶Quando un uomo colpisce l'occhio del suo schiavo o della sua schiava e lo acceca, gli darà la libertà in compenso dell'occhio.²⁷ Se fa cadere il dente del suo schiavo o della sua schiava, gli darà la libertà in compenso del dente.» (Esodo 21, 23—27) La forma «*occhio per occhio, dente per dente*» ritenuta esemplificativa della «Lex Talio», è contenuta nella Bibbia anche se era stata introdotta precedentemente. Non mancano esempi significativi al riguardo tra cui, le XII Tavole, nel Codice di Hammurabi, nel diritto germanico e in alcuni documenti di Sant'Isodoro da Siviglia.

¹¹ BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione.*, cit.

ad un ideale di giustizia privo di reale riferimento concreto ma soltanto in via sussidiaria quando il titolare se ne disinteressava.

È solo con la comparsa del Cristianesimo che il conflitto, fino ad allora espresso sotto forma di vendetta, si trasforma in castigo divino. La morale cristiana, quindi, rinnega i rituali precedentemente esposti, perché, come si può facilmente constatare, non ritenuti compatibili con i principi religiosi che postulano, come uno dei cardini dei propri assunti, il perdono. In questa ottica, non sono ammissibili pene che prevedono il sacrificio della persona — nonostante il paradosso in cui incorrevano i cristiani del tempo che però ammettevano l'uccisione dei dissidenti — e quindi, per soddisfare l'osservanza delle regole, occorre trovare strategie nuove che individuassero un diverso modo di punire i colpevoli.

Dapprima nasce il duello. La soluzione della controversia viene affidata, pur in forma indiretta, a Dio il quale, con la sua illimitata capacità, saprà creare le condizioni per “illuminare” il vincitore del conflitto: chi sopravvive è perché Dio ha voluto così e di conseguenza è colui che vanta la ragione nel conflitto. Dio infatti, è la voce della infallibilità suprema e non avrebbe mai potuto permettere che il combattimento fosse vinto da chi era nel torto. Il duello è disciplinato da specifiche regole che impongono tra le altre l'uso di armi analoghe e di uguale potenzialità, la partecipazione anche di altre persone che possono anche prendere parte al combattimento e lo svolgimento secondo modalità prestabilite. In realtà, l'intento dei duellanti non è di uccidersi, ma di riottenere l'onore. La parte che aveva subito un'ingiuria, infatti, voleva riottenere l'onore che aveva momentaneamente perduto con l'offesa subita, e di conseguenza sfidava l'altra parte per dimostrare che aveva la volontà di mettere in gioco anche la propria vita per ripristinare la sua rispettabilità.

In realtà, questa possibilità era un attributo spettante solo ai gentiluomini e quindi solo costoro potevano prendere parte a un duello e ottenere una eventuale rivalse. Del tutto diversa, era la situazione se l'offesa proveniva da una persona di un ceto inferiore o da uno schiavo: in questo caso era legittimo colpire quest'ultimo con un bastone o una frusta e non c'era

bisogno di alcun duello. Anche qui la vittima, ha diritto a fare qualcosa per ripristinare il suo benessere dopo l'offesa subita, ma le modalità utilizzate ammettono discriminazioni insostenibili.

Con la costruzione dello Stato e con l'introduzione delle leggi con gli apparati che rappresentano l'espressione della sovranità, la risoluzione delle controversie viene attratta da una logica pubblicistica e affidata a un giudice terzo e imparziale. È proprio con l'esaltazione dei valori dell'Illuminismo francese che tale astrazione statalista si carica ulteriormente. La famosissima espressione francese del "*giudice bocca della legge*" sta a significare sì l'imparzialità del giudice, ma anche una totale astrazione del crimine che passa da fatto privato a offesa pubblica.

È merito di Beccaria avere sottolineato la differenza sussistente tra reato e peccato: solo il primo può essere giudicato dalla città e dalle sue istituzioni, il secondo, invece, può essere valutato solo da Dio¹². Grazie a questa differenza il reato si astrae e si allontana definitivamente dall'idea di castigo per trasformarsi totalmente ed incondizionatamente in un attributo dello Stato e in una sua prerogativa. Prima il Re e poi lo Stato conducono a sé la funzione punitiva e, da quel momento, viene rivoluzionato l'intero concetto di crimine e di reato: l'offesa si astrae diventando offesa allo Stato e la vittima viene relegata ai margini dell'intero sistema processuale essendo solo il tramite della necessità del ricorso castigo legale. Il reato viene presto trasformato e riconsiderato come un atto compiuto in violazione della legge generale e quindi, per questo motivo, deve essere punito. Da questo momento in avanti cambia anche il concetto di conflitto che diventa una sanzione, una punizione.

Lo Stato compie la trasformazione citata a inizio paragrafo ed il ciclo si chiude: il conflitto viene interpretato come l'offesa a un bene giuridico di cui è proprio lo Stato a promuoverne la tutela.

Ed è in un contesto come quello descritto che si pone la necessità di trovare una giustificazione alla sanzione penale; lo Stato deve spiegare come

¹² BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, Ledizioni, 2014.

giustificare il *quantum* di pena che irroga in ragione dei diversi fini che persegue.

In un primo momento prevalse il fine retributivo¹³: il Principe, deputato a comminare la sanzione, decideva una pena che fosse proporzionale al fatto commesso. Tale modello ha quale punto di riferimento centrale il reato che costituisce il parametro di riferimento per determinare la sanzione perché il diritto penale ha il compito di limitare il potere punitivo e rispondere alla domanda: “Qual è la pena giusta?”. In questa visione la sanzione ha una valenza morale; si punisce perché una persona ha agito male, così come si premia chi agisce bene. La sanzione svolge anche il compito di dissuadere gli altri consociati dal commettere i reati (prevenzione generale) e di evitare che il reo, soprattutto se punito con l’ergastolo, commetta altri reati (prevenzione speciale negativa).

Con la giustizia rieducativa, invece, la luce della scena si sposta dal reato al reo con le garanzie che ne conseguono; il postulato del sistema diviene il trattamento. In questo momento storico il sistema sociale oltre che essere punitivo, si deve concentrare sul condannato e sulla sua rieducazione per permettere il suo reinserimento nella società dopo che, tramite la pena, costui è redento, come in un percorso di crescita spirituale incanalata sotto le spoglie di una necessaria rieducazione formale.

La giustizia ristorativa, ultima frontiera del diritto penale, ribalta tutto il sistema in una logica completamente opposta al cui centro si pone la vittima; vittima che, con i suoi bisogni, deve essere aiutata mediante un percorso che può articolarsi con diverse modalità per superare le conseguenze dannose del reato e le affezioni che lo stesso ha determinato. L’obiettivo della giustizia ristorativa è di superare il conflitto cagionato dal reato che opprime entrambe le parti per guardare al futuro in un modo nuovo al fine di ristorare, prima di tutto i danni patrimoniali, il trauma e lo

¹³ Per un approfondimento sulle funzioni della pena cfr. PAVARINI M., GUZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, Martina editori, 2004; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, VII Edizione, 2011; AA.VV., *Introduzione al Sistema Penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, terza edizione, 2006.

stress che le vittime provano e poi, anche eventualmente, evitare che il reo in futuro commetta nuovi reati.

La *'restorative justice'* ha anche una valenza nei confronti del reo¹⁴: per la prima volta si supera l'idea — frutto delle precedenti concezioni — che all'offensore si debba corrispondere una pena solo perché si deve farlo, indipendentemente da qualunque altra valutazione che non sia quella della correlazione al reato, per arrivare ad una concezione di pena come responsabilizzazione per il fatto commesso. Infatti, grazie al percorso che vede coinvolti la vittima e l'autore del reato, si assiste ad un'evoluzione introspettiva del reo che talvolta si spinge fino al pentimento. Come si può facilmente osservare, questo risultato costituisce una vera e propria rivoluzione all'interno del sistema punitivo generalmente considerato, ma soprattutto rappresenta un cambiamento eccezionale rispetto a ciò che, nell'immaginario collettivo, ci aspetta da una persona condannata per un reato. Con l'introduzione di pratiche ristorative, infatti, diventa finalmente possibile — ed è quindi fattibile — l'aspettativa che il reo provi rammarico per le azioni commesse. I fatti di reato diventano così l'occasione per fare qualcosa di diverso, per tentare di cambiare nel profondo coloro che delinquono, per tentare di raggiungere l'obiettivo, non più utopistico ora, di combattere la recidiva. Inoltre, la giustizia ristorativa, a differenza delle altre modalità di approccio al reato, ha come obiettivo di superare il conflitto e quindi presuppone il dialogo tra le parti per far sì che queste si rispettino e si riconoscano come altro da sé, come avversari e non più come nemici¹⁵.

In realtà, la giustizia ristorativa può anche essere interpretata come una via di mezzo tra i due precedenti sistemi, ma questo solo a patto che gli stessi vengano valutati nella loro purezza originaria, così come si presentavano al momento della loro introduzione, a prescindere da come si sono poi

¹⁴ CUNNEEN C., *La Giustizia Riparativa al Vaglio della Criminologia Critica*, in "Studi sulla Questione Criminale", 2009, numero 1, pp. 41-58 .

¹⁵ per un approfondimento cfr. CIARDIELLO P., *Giustizia Riparativa, Diritti e Welfare Plurale*, in "Studi sulla Questione Criminale", 2009, numero 1, pp. 69-100; RESTA E., *Il diritto fraterno*, Roma, Laterza, 2002.

sviluppati nel corso della storia¹⁶. Infatti, il concetto di rieducazione non si può dire del tutto estraneo alle pratiche ristorative. La differenza è che la rieducazione, appunto, non costituisce più l'obiettivo assoluto e imprescindibile cui deve tendere l'intero sistema. La *restorative justice* è diversamente e maggiormente orientata alla tutela della vittima, però, nei fatti, questo avviene responsabilizzando il reo e, di conseguenza, si compie su di lui un'opera di educazione: quest'ultimo impara a capire il male che provoca negli altri e questo costituisce, nella maggior parte dei casi, la spinta verso il cambiamento che potrebbe consentire di evitare la ricaduta nel reato.

Va poi in conclusione sottolineato che il paradigma ristorativo non elimina la necessità delle punizioni. Infatti, ancorché queste ultime sono sicuramente diverse dal carcere — che non costituisce più il necessario requisito imprescindibile cui orientare l'intero sistema, come invece accade in un sistema retributivo — determinano la corresponsione di una sanzione che, seppure scelta dalla vittima ed in massima parte di natura simbolica, può comunque definirsi tale.

1. L'impossibilità ontologica di rinvenire un fondamento scientifico alla teoria della pena

In realtà, a differenza di quanto si è ricostruito nel precedente paragrafo, occorre constatare che non è possibile spiegare scientificamente le ragioni della pena in quanto esse, a ben vedere, hanno un fondamento politico più che scientifico¹⁷. Infatti, non esiste alcun rapporto ontologico tra pena e reato, ma tale legame è solo il portato della scelta dello scopo che si intende — e si è inteso — realizzare.

¹⁶ MANNOZZI G., a cura di, *Mediazione e diritto penale, dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹⁷ DONINI M., *per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2013, Vol. 56, fasc. 3, pp. 1162-1218 .

Una volta appreso come non esista una pena giusta in sé, non resta che scegliere quale tipo di politica criminale perseguire per orientare finalisticamente l'intero sistema penale¹⁸. In particolare, ad esempio, un sistema come diritto penale delle garanzie si concilia meglio con la funzione proporzionalistico-retribuzionistica piuttosto che con quella rieducativa in quanto è caratterizzato da maggiore certezza. Da ciò deriva la conseguenza che le finalità concrete rimangono relegate sullo sfondo ed entrano solo eventualmente nella valutazione dell'interprete¹⁹.

A ben vedere, la spiegazione politica della pena nello Stato moderno risiede nella prevenzione generale dei reati, negativa e positiva, non nella prevenzione speciale positiva che rappresenta esclusivamente un correttivo alla concezione retributiva. Il fine, infatti, è quello della deterrenza; con la sanzione penale si vuole evitare che altri cittadini cadano nel reato. La fallacia di tale postulato è ormai nota²⁰; esistono, infatti, categorie di crimini che sono estranei alla logica costi benefici (crimini passionali, reati commessi dalle grandi organizzazioni criminali, etc.) e nei confronti dei quali, anzi, all'opposto, il terrorismo sanzionatorio non raggiunge alcuno scopo e la deterrenza risulta comunque disattesa.

La proporzione «*precede*» o «*accompagna*» la prevenzione generale costituendo il suo limite intrinseco²¹. Dall'altro lato, tuttavia, la prevenzione non si basa certo esclusivamente, né in modo primario, sull'applicazione della pena criminale. «*Questo significa che ciò che vorrebbe fondare la pena, da un lato non la fonda per nulla [...], e dall'altro non è un parametro di efficienza solo penalistica. Il penalista, perciò, non è competente a spiegare ciò che fonda la sua disciplina [...]. Se la fondasse l'idea della proporzione, essa avrebbe una base assiologica, non*

¹⁸ EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria della pena e teoria del reato*, vol. II, Milano, 2006.

¹⁹ DONINI M., *op. cit.*

²⁰ per un approfondimento cfr. PAVARINI M., GUAZZALOCA B., *Saggi sul governo della penalità, letture integrative al corso di diritto penitenziario*, Bologna, Martina editori, 2007.

²¹ DONINI M., *op. cit.* p. 1183.

*conseguenzialista, ma solo penalistica»²². Se, invece, la pena interviene come *extrema ratio* non è richiesto che sia necessariamente efficace in quanto rappresenta nel singolo caso una sorta di «obbligazione di mezzi e non di risultato»²³.*

La pena applicata prescinde dalla prevenzione generale in quanto guarda al singolo e al passato in funzione di garanzia. «*Sistemi capaci di una prevenzione efficace sono quelli che interpretano l'azione preventiva nel senso di un rapporto dinamico avente carattere dialogico con i cittadini volto a motivare scelte interiorizzate, abbandonando l'idea che il sistema penale sia un semplice condizionamento esteriore che operi nonostante il persistere dell'aspirazione soggettiva a violare la legge»²⁴.*

Se prevalgono gli scopi di prevenzione generale, tuttavia, si punisce un fatto commesso per prevenire altri fatti che in futuro potrebbero essere commessi da terzi, violando così sia il principio di responsabilità per fatto proprio che il divieto di retroattività della legge penale²⁵.

Vista la portata generale della prevenzione, è necessario che lo Stato predisponga strumenti di autocontrollo in modo da riuscire ad influire sui meccanismi di produzione del crimine. La minaccia e l'esecuzione delle pene tradizionali sono scarsi sia sotto il profilo general-preventivo che sotto quello special-preventivo in quanto lo Stato non riesce ad influire sui "posti di lavoro criminale" che vengono lasciati liberi ed immediatamente ricoperti da altri soggetti a seguito della sentenza di condanna ad una pena detentiva. A ben vedere, è proprio il sistema sociale che sembra tendere alla produzione di posti criminali.

Una buona politica criminale deve tentare di chiudere quei posti di lavoro.

²² DONINI M., *op. cit.*, p. 1190.

²³ DONINI M., *op. cit.*, p. 1191.

²⁴ EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria della pena e teoria del reato*, vol. II, Milano, 2006, p. 50.

²⁵ LUDERSEN K. *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, 2005.

Sul punto, un ulteriore fattore che incide negativamente è dato dalla cifra oscura dei reati che non vengono denunciati²⁶.

Un politica criminale incentrata sulla deterrenza, e dunque sul terrorismo sanzionario, funge solo da simbolo per fare apparire lo Stato come capace di rispondere alla domanda di intervento effettuata dai cittadini soprattutto in periodi in cui si assiste ad *escalation* di violenze²⁷.

A ben vedere, la funzione general-preventiva va ricondotta all'emergere di responsabilità dei governanti nella produzione dell'illecito in quanto, se non vi fosse la cifra oscura, vi sarebbe maggiore possibilità per il sistema di svolgere una funzione deterrente: la prevenzione generale, infatti, non si raggiunge con la severità delle pene ma con la differenziazione degli strumenti sanzionatori. «*L'indirizzo rieducativo della Costituzione indica una scelta fondata sulla consapevolezza del fatto che la forza dei precetti penali dipende dal livello più o meno elevato di capacità di imporsi sul consenso dei cittadini per ragioni che vanno oltre la scelta coercitiva*»²⁸. L'intervento penale realizza al meglio le finalità di prevenzione consolidando l'autorevolezza dei precetti normativi e contribuendo alla chiusura dei posti di lavoro criminale allorché ottenga dall'agente di reato l'adesione alle regole che ha precedentemente violato.

«Occorre distinguere il perché si punisce dal quando si punisce e non confondere l'esigenza di contenere o eliminare le conseguenze dannose che derivano da un fatto che la legge definisce come reato dallo scopo della pena che deve possedere una legittimazione esterna alla pena stessa: i) la penalità deve riparare la legge: si punisce perché si è violato la legge, è necessario richiamare la legge per ripararla e farla così rivivere; ii) la penalità deve

²⁶ per un approfondimento cfr. PAVARINI M., GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, Martina editori, 2004; PAVARINI M., GUAZZALOCA B., *Saggi sul governo della penalità, letture integrative al corso di diritto penitenziario*, Bologna, Martina editori, 2007; PAVARINI M. (a cura di), *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Bologna, Monduzzi editore, 2006; EUSEBI L., in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25-26 maggio 2001)*, Giuffrè, 2002.

²⁷ EUSEBI L., in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25-26 maggio 2001)*, Giuffrè, 2002.

²⁸ EUSEBI L., in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25—26 maggio 2001)*.

difendere la collettività perché la comunità è messa in pericolo dall'illecito e bisogna proteggerla e preservarla dai comportamenti che la offendono, riparare la società nel senso di metterla al riparo; iii) rieducare il colpevole: si punisce perché il responsabile deve imparare a comportarsi diversamente e cioè in modo conforme alle aspettative dell'ordinamento sociale, si ripara l'individuo; iv) ristabilire dei legami: si punisce perché il reato distrugge e mette a repentaglio i rapporti personali e sociali che si tratta di ricostruire»²⁹.

La prevenzione generale non «può costituire un fine giuridicamente vincolante neppure in sede di comminatoria, di minaccia: perché questo renderebbe inevitabile considerare fini anche generalpreventivi nella stessa commisurazione giudiziale, con violazione dei principi di responsabilità per fatto proprio e di irretroattività»³⁰. Per evitare una simile conseguenza occorre pensare che la prevenzione generale possa svolgere esclusivamente una «mera funzione (politico-criminale, sociologica)»³¹, ma non essere un «fine (tecnico, giuridico, vincolante) della pena: né a livello legislativo né giudiziale»³².

Per questi motivi, una volta stabilito che la pena sia equa e proporzionata rispetto al fatto commesso, in sede applicativa non potrà che privilegiarsi la funzione specialpreventiva. «Se, viceversa, si ammettesse che la pena minacciata possa legittimamente perseguire un fine tecnico di prevenzione generale a livello legislativo, anche il giudice, nell'applicarla, dovrebbe attuare quel programma generalpreventivo»³³. Le esigenze di prevenzione non possono arrivare a prescindere dall'effettiva situazione del soggetto agente e dalla finalità di rieducazione anche quando ciò sarebbe funzionale a perseguire istanze di «stigmatizzazione sociale»³⁴. Ciò sia per evitare la punibilità sia in vista di un percorso di risocializzazione. Risulta dunque

²⁹ BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2005, p. 55.

³⁰ BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, cit.

³¹ BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, cit. p.75.

³² BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, cit. p.115.

³³ BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, cit. p. 93.

³⁴ EUSEBI L., *op. cit.*, p. 77.

imprescindibile separare «tra funzioni (descrittive, o con finalità politiche) e fini (prescrittivi, vincolanti giuridicamente l'applicazione), nel significato anzidetto. La prevenzione generale, positiva e negativa, dunque, da sola non fonda nulla»³⁵.

Conclusivamente: «tutto il penale sanzionatorio, nell'an e nel quantum, è all'origine (quasi) insindacabile giuridicamente (salvo violazioni di principi in tema di fonti, riserva di legge et similia). Resta invece un sindacato di struttura contenutistica sul precetto penale (fonti, determinatezza, ma anche offensività, colpevolezza, riserva di legge, rispetto di obblighi sovranazionali etc.), fin dall'origine»³⁶.

Si può dunque individuare una «scientificità relativa»³⁷ all'interno del sistema, che si contrappone alla politicità che si identifica nella scelta del momento sanzionatorio.

2. La crisi del diritto penale classico

È con la crisi del diritto penale classico, determinata dalla constatata impossibilità di realizzare le finalità rieducative — nonché qualsiasi altra finalità che si è tentato di perseguire — che inizia a prendere corpo un nuovo modello di giustizia diretta a restituire il conflitto alla vittima estromettendo dalla scena lo Stato in modo che «la pretesa punitiva dello Stato dovrà essere sempre più in secondo piano rispetto alle esigenze delle vittime di conseguire la composizione dell'ordine materiale»³⁸. Nel passato sembrava perseguibile almeno una delle funzioni della pena, ma ora, invece, «essendo emersa lentamente la difficoltà in tal senso, si rinuncia a tale impegno. Il diritto penale è autoreferenziale essendo esso stesso uno scopo»³⁹.

A ciò si aggiunga che, con il trascorrere del tempo, il sistema ha perso di legittimazione. «Nella valutazione politico-criminale non solo occorre

³⁵ EUSEBI L., *op. cit.*, p. 79.

³⁶ EUSEBI L., *op. cit.*, p. 79.

³⁷ *ut supra* p. 83.

³⁸ LUDERSSEN K. *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, 2005.

³⁹ FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, 1999.

considerare il rapporto tra la carente risocializzazione e la struttura sociale deficitaria, ma anche il terzo fattore rappresentato dal livello di legittimazione della norma violata [..]. Se la legittimazione è molto debole viene meno la necessità di individuare le ragioni specifiche dell'inosservanza della norma. Non viene in considerazione l'insieme dei rapporti tra i diversi fattori ma si lavora solo tra grandezze assolute e rare che sono fattori presi in considerazione insieme. L'elemento di legittimazione va considerato quando il crimine, nonostante la struttura sociale deficitaria, è carente di socializzazione»⁴⁰.

I limiti del diritto penale attuale sono secondo Eusebi⁴¹ i) la sussistenza di un sistema molto semplice e troppo poco differenziato nelle modalità di risposta al reato; ii) l'ineffettività determinata dall'idea che la pena deve essere necessariamente un male: esiste infatti una rigida alternativa — determinata dall'esistenza, quale unico tipo di pena, della sanzione detentiva — tra scontare la condanna in carcere ovvero non subire alcun tipo di sanzione per il tramite dei vari benefici esistenti. Il diritto penale è ineffettivo non per i reati cd naturali, bensì quale risposta alla criminalità economica; iii) manca attenzione ai profitti delle attività delittuose, iv) il paradosso che emerge nell'inflizione della pena — che è un male — ma che deve avvenire secondo le modalità il più possibile garantistiche e dunque rigorose; v) è difficile che il processo metta davvero in luce ciò che è successo durante la commissione di quel fatto di reato, vi) l'assimilazione della pena ad un male compromette definitivamente la possibilità di collaborazione dei cittadini con la giustizia; vii) esiste un'assoluta inconciliabilità tra l'idea della prevenzione — che si esplicita nell'idea che la pena è l'inflizione di un male — e la rieducazione postulata dalla nostra Costituzione. Tale inconciliabilità ha impedito nei fatti la possibilità di realizzare concrete ed efficaci forme di riabilitazione *post delictum*.

⁴⁰ *ut. supra* p. 75.

⁴¹ EUSEBI L., in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25—26 maggio 2001)*, Giuffrè, 2002.

Se si valuta l'efficienza del sistema (rapporto tra i mezzi impiegati ed i risultati conseguiti) in relazione all'efficacia (intesa come capacità di raggiungere gli scopi prefissati) emerge la perdita di certezza del diritto penale con il rischio che il processo penale stia diventando esso stesso la pena. La sanzione penale per assolvere la funzione di prevenzione generale e speciale deve essere pronta e certa. Più la pena si avvicina al fatto più risulta giusta ed utile, più si allontana più la punizione diventa ingiusta. Quando sono così lunghi i tempi che il reato si prescrive, siamo di fronte ad un diniego di giustizia⁴². E proprio dalla constatazione dell'incapacità del diritto penale classico di svolgere le funzioni per le quali è nato che si vuole ritornare ad una giustizia di prossimità. Infatti, a differenza dei modelli tradizionali, *«quelli ristorativi hanno un rapporto cooperativistico tra gli attori in causa; la differente legittimazione della struttura risolutiva è costituita dalla dimensione pattizia e di convenzioni che si può definire giustizia di prossimità. La filosofia del diritto di tipo ristorativo che coinvolge i modelli di gestione del conflitto è meno autoritaria di quella decisoria»*⁴³.

⁴² CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, 2010.

⁴³ RESTA E., *op. cit.* p. 55 .

Capitolo II

La vittima

La vittima è stata espropriata dalla scena processuale contestualmente alla trasformazione statocentrica del diritto penale. Recentemente si è assistito ad una progressiva riconsiderazione dei bisogni della vittima cui ha fatto seguito la nascita e lo sviluppo dei nuovi paradigmi conciliativi.

1. Il ruolo della vittima nel sistema penale

Come abbiamo già in parte anticipato, con la progressiva pubblicizzazione del diritto penale e del processo penale si è assistito alla privazione del ruolo della vittima con la sua progressiva estromissione dalla scena processuale⁴⁴.

La vittima è venuta a subire una crescente marginalizzazione collegata in modo più che proporzionale con la progressiva crescita di attenzione alle garanzie del reo. È merito della scuola positiva⁴⁵ aver riscoperto il ruolo della vittima sotto due differenti prospettive: i) il risarcimento del danno svolge una funzione sociale e dunque, quando la vittima subisce un danno questo va sempre indennizzato; ii) la vittima deve essere vista come concausa del verificarsi del reato mentre i metodi di prevenzione del delitto — in quanto direzionati a fini deterrenti — rivolgono la loro attenzione all'indennizzo dovuto dallo Stato senza considerare le vittime.

Il merito della scuola positiva è quello di aver posto l'attenzione sul ruolo della vittima, il demerito è di averlo fatto in un'ottica repressiva, basata sulla difesa sociale in un contesto deterministico.

Il codice Rocco e la dottrina moderna, invece, considerano la maggiore o minore capacità a delinquere del reo in un'ottica rieducativa e, come

⁴⁴ Si pensi che addirittura nel processo penale minorile non è nemmeno ammessa la costituzione di parte civile. Nel processo penale degli adulti, invece, come noto, la persona offesa può partecipare attivamente solo se decide di esercitare l'azione civile in sede penale mediante formale costituzione di parte civile, diversamente non è nemmeno soggetto del processo.

⁴⁵ La scuola classica ebbe inizio dal pensiero di Bentham e Beccaria e fondava il proprio dogma sulla certezza del diritto ed il fine perseguito era la deterrenza da realizzare mediante l'utilitarismo sanzionatorio. Tale teorica era all'origine dell'idea che la scelta criminale si basa su secco calcolo costi benefici tramite il quale è possibile calcolare quanti individui cadono nel reato.

La scuola positiva, dall'altro lato, aveva alla sua base la convinzione che la delinquenza è determinata da una serie disparata di fattori tra i quali spicca il contesto sociale. Il reato non è prodotto da un' *actio libera in causa* ma è il portato di una serie di elementi empiricamente valutabili. Tra gli esponenti di spicco di questa teorica ricordiamo Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. Per un approfondimento cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, VII Edizione, 2011 .

abbiamo visto, sono altresì previsti meccanismi di soluzione del conflitto in senso lato riconciliativi⁴⁶. È opinione condivisibile che «*la tutela della vittima acquisterà cittadinanza nel nostro sistema solo quando e se ciò non lederà i diritti acquisiti dal reo e solo a condizione che il diritto penale rimanga differenziato rispetto a quello civile: solo se la giustizia ristorativa sarà in grado di realizzare comunque istanze di prevenzione nel senso di pacificazione e risocializzazione del reo allora troverà spazio nel nostro sistema di giustizia*»⁴⁷.

Occorre altresì distinguere le vittime del reato dalle vittime del processo. Tra le vittime del processo vi sono quanti hanno subito un'ingiusta detenzione ovvero quanti sono dapprima stati condannati e poi prosciolti in sede di revisione. Diversa è la vittima del reato, ossia la vittima in senso stretto come persona che subisce il reato.

La dottrina vittimologica definisce la condizione della vittima

«nei procedimenti penali sulla base dei concetti di neutralizzazione e di seconda vittimizzazione. Quanto al primo la vittimologia ha constatato che la maggior parte degli ordinamenti positivi ha sottratto alla vittima gran parte delle funzioni e dei suoi poteri. Va rilevato che la vittima già nella genesi e nella dinamica del reato, può subire un processo di neutralizzazione in base al quale il criminale, teso a costruire una sorta di autolegittimazione dell'azione criminosa, . nega l'esistenza della vittima o comunque la svuota di ogni contenuto umano ed esistenziale riducendola ad una astrazione, ad un oggetto [...] Nel momento in cui compare nel procedimento la figura del criminale, la vittima diviene un personaggio insignificante e secondario in una vicenda imperniata sulla partita a due fra lo Stato e il reo: essa diviene poco più che un normale testimone. La vittima è così completamente neutralizzata ed è priva di pieni ed effettivi poteri probatori, di dichiarazione e di informazione sullo svolgimento del processo. Essa può subire, in occasione del reato oggetto del procedimento, un danno di contenuto diverso (fisico, psichico, patrimoniale, affettivo o sociale) formale o informale rispetto alla vittimizzazione secondo la classificazione di Schneider [...] seconda vittimizzazione (o rivittimizzazione) evidenziato da Schneider [...] per descrivere la condizione della vittima nel processo penale, è stato rilevato che, nel corso dello stesso, spesso la vittima subisce un vero e proprio processo di seconda vittimizzazione in quanto essa sovente viene trattata dagli investigatori della polizia e dagli operatori del sistema processuale penale (paradossalmente anche dai rappresentanti dell'accusa che dovrebbero farsi per primi portatori dei suoi interessi) in modo duro ed energico, viene messa in dubbio la sua credibilità e, talvolta, la sua moralità per verificare correlativamente la personalità dell'imputato e le connotazioni del fatto criminoso; essa poi deve ripetere infinite volte,

⁴⁶ Per un approfondimento *infra* .

⁴⁷ VENAFRO F. PIEMONTESE C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Giappichelli, 2004.

spesso in modo ossessivo, narrazioni scabrose e dolorose relative al reato, ripercorrendo un tragico itinerario psicologico e subendo in tal modo un ulteriore trauma psicoemotivo talvolta aggravato dai danni addizionali legati alla pubblicità del fatto, connessa alla dimensione processuale; inoltre se non rammenta, magari a distanza di anni, piccoli dettagli del fatto viene duramente censurata o biasimata»⁴⁸.

Inoltre, essa ha un ruolo secondario nel corso dello svolgimento del processo ed è ulteriormente vittimizzata nella sentenza laddove vi sia una sanzione particolarmente mite. In questo modo lo Stato è diventato il vero soggetto passivo di reato.

2. La riscoperta della vittima

Il concetto di risarcimento economico alla vittima da parte di chi le ha ingiustamente provocato un danno trova le sue origine in quei sistemi che vedevano il crimine come un'offesa al singolo individuo più che allo Stato: il codice di Hammurabi, le Dodici Tavole, la *Lex Salica*.

Come accennato sopra, tale approccio cambiò nel Medio Evo in cui si passò ad una giustizia incentrata sullo Stato che diveniva l'unico soggetto offeso dal reato, il solo deputato a perseguire la tutela dei beni giuridici violati dal crimine, espropriando così la vittima. Con il trascorrere del tempo, infatti, le parti principali divennero lo Stato e il delinquente, mentre la vittima reale continuò sempre più a perdere il suo ruolo. Questa nuova impostazione comportò altresì la rivisitazione della funzione della pena che venne ad assumere il ruolo di evitare la recidiva tramite la deterrenza, la neutralizzazione e la rieducazione. «*Tale obiettivo era orientato verso il futuro e centrato sullo Stato in quanto consisteva nel rendere il delinquente ed i potenziali delinquenti rispettosi della legge*»⁴⁹.

L'idea della riparazione riemerse negli anni Cinquanta quando alcuni giudici imposero ai condannati il pagamento di somme di denaro o prestazioni a favore della vittima o della comunità. In Inghilterra l'idea della riparazione emerse negli anni Settanta quando si attribuì il potere al

⁴⁸ PONTI G., (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁴⁹ GATTI, MARUNGO in PONTI G., *op. cit.* p. 125.

giudice di applicare il ristoro del danno come pena aggiuntiva ad altre sanzioni, anche se ciò comportava un conflitto tra il danno causato ed i mezzi economici del delinquente. In questi contesti, la riparazione non svolgeva un fine specifico in quanto costituiva anch'essa attuazione delle finalità di deterrenza e di rieducazione.

Con il *Criminal Justice Act* del 1982 per la prima volta fu previsto che i *compensation orders* potevano rappresentare anche l'unica pena inflitta, non necessariamente accompagnata ad altre sanzioni e nel 1988 si prevede che, se non fosse stata stabilita tale misura, si sarebbe dovuto motivare il relativo provvedimento.

Nei Paesi a tradizione giuridica latina e continentale è raro che la restituzione e la compensazione vengano viste come sanzioni giuridiche autonome. In tali Paesi, infatti, è previsto che il PM possa archiviare il procedimento quando il reo abbia compensato la vittima dei danni causateli (Portogallo, Francia, Olanda, Austria Germania, Grecia) o procedere con il patteggiamento solo se la vittima è stata risarcita (Italia). In fase decisoria è possibile ridurre la pena in caso di ristoro di danni (in Italia) ovvero essa può essere oggetto dell'obbligazione per la concessione della messa alla prova; durante la fase esecutiva, infine, la ristorazione viene ad avere rilievo secondo modalità molto disparate tra loro.

Contemporaneamente negli anni Sessanta-Settanta si sviluppò il paradigma della *restorative justice*. Tale paradigma intende il «*crimine come un conflitto tra persone, ponendo al centro gli individui e le loro relazioni, nel tentativo di risolvere i problemi creati dal reato*»⁵⁰.

Un contributo fondamentale per lo sviluppo di tali pratiche avvenne dagli abolizionisti. Christie⁵¹ partendo dallo studio di Pesi come la Tanzania in cui si procede con la mediazione dal reato meno grave all'omicidio, intuì che la legge e le procedure giudiziarie sono ben lontane dalla vita comune e pertanto i conflitti dovrebbero essere risolti dai relativi protagonisti.

⁵⁰ *ut supra* p. 140.

⁵¹ CHRISTIE N., *Conflicts as Property*, in "The British Journal of Criminology, 1997, Vol. 17, N. 1., pp. 1-14.

Braithwaite⁵² ha elaborato una teoria criminologica secondo cui ciò che previene il crimine è una combinazione di vergogna e di reintegrazione: *«si sviluppa un basso tasso di delinquenza nei Paesi (ad esempio il Giappone) e nelle epoche che culturalmente favoriscono la “vergogna reintegrativa”; si tratta di culture che orientano la vergogna nei confronti del reato e non nei confronti dell'autore, e che attribuiscono molta importanza al perdono e alla riconciliazione. La vergogna rappresenta un sentimento molto efficace nel controllare il crimine soltanto se è reintegrativa, in quanto una vergogna stigmatizzante rafforza la delinquenza ed induce alla recidiva».*

Con la riscoperta del ruolo della vittima sono stati sviluppati diversi programmi funzionali a riattribuire a quest'ultima quanto le è stato espropriato in questi anni. In particolare, si possono identificare tre tipi di programmi⁵³ in base al tipo di rapporto con la giustizia penale ed in particolare 1) *«programmi indipendenti (community-based project)»* ai quali i partecipanti vengono inviati direttamente dalla comunità o da organizzazioni private senza essere invitati dalla magistratura o dalla polizia. Per poterne beneficiare la vittima deve conoscere il reo. I casi trattati riguardano comunemente liti tra vicini di casa o abitanti dello stesso quartiere, questioni di lieve entità tra persone con particolari vincoli di conoscenza, ma anche liti tra coniugi, 2) *«programmi relativamente indipendenti»* che intervengono dopo che il sistema della giustizia penale è già stato messo in moto, ma solo quando l'invio del caso da parte delle agenzie di controllo formale è *«incondizionato»*, perché quando l'accordo non viene raggiunto non sono applicate altre sanzioni. L'invio può avvenire in qualsiasi momento su richiesta della polizia, del PM o della Corte, 3) *«programmi dipendenti»* che si differenziano dai precedenti solo perché l'invio avviene in modo *«condizionato»*.

Grazie alle pratiche ristorative, dunque *«il reato perde la connotazione pubblicistica di offesa a un bene giuridico e ritorna ad essere un conflitto*

⁵² BRAITHWAITE J., *Crime, Shame and Reintegration*, Melbourne, Cambridge University Press, 1989.

⁵³ per un approfondimento cfr. GATTI, MARUNGO, in PONTI G., *op. cit.*

che oppone due o più parti all'interno di una comunità, e la pena viene sostituita con istituti con valenze riparatorie o tecniche di gestione del conflitto che per superarlo presuppongono la comunicazione»⁵⁴.

⁵⁴ MANNOZZI G., *Problemi e Prospettive della Giustizia Riparativa*, in "Rassegna Penitenziaria e Criminologica", Dicembre, 2001, p. 4.

Capitolo III

La Restorative Justice

In questo capitolo si analizzerà il nuovo paradigma di giustizia ristorativa per comprenderne presupposti, fondamenti, contenuti, obiettivi e limiti. La *restorative justice*, infatti, è un contenitore all'interno del quale sono ricomprese diverse modalità di approccio al reato che, partendo tutte dal comune denominatore di un approccio dialogico al reato, tentano di riparare gli effetti del crimine.

1. Per una definizione di giustizia restaurativa

Per quanto riguarda il significato della *restorative justice* viene comunemente citata la definizione di Marshall del 1999, secondo la quale «*restorative justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence on its implication for the future*»⁵⁵.

La definizione è molto ampia e generica, infatti l'endiadi 'restorative justice' costituisce una sorta di ombrello all'interno del quale, come vedremo nel prosieguo, sono contenute diverse forme di risoluzione del conflitto che si differenziano tra loro nelle modalità di realizzazione, ma che hanno in comune la sostanza, ossia la capacità di cercare di risolvere il conflitto con il dialogo. Ciò al fine di raggiungere "un'intesa" che costituisca la base di partenza per il superamento del fatto di reato e che permetta di guardare al futuro in modo diverso grazie alla ristorazione effettiva della vittima, alla possibilità per quest'ultima di superare il crimine subito, nonché di recuperare il reo.

Si possono poi rinvenire differenti definizioni a seconda di quale sia la prospettiva di analisi prescelta. Anzitutto, possiamo ricordare definizioni orientate sulla vittima del reato che definiscono la *restorative justice* come giustizia che cerca di sanare il male arrecato dal reo alla vittima e/o alla comunità⁵⁶. In questo modo si supera l'idea che il fatto di reato sia solo un'offesa ai beni giuridici al fine di offrire una visione allargata di esso che tenga conto delle possibili estrinsecazioni dell'offesa. «*La giustizia riparativa supera la logica del malum passionis ab mulum actionis dato che la risposta al reato trova la sua legittimazione morale nel danno cagionato ma non si esaurisce nella inflizione di un male ulteriore (la pena) non*

⁵⁵ «Le pratiche di 'restorative justice' rappresentano un processo in cui le parti che rivendicano una specifica offesa la risolvono collettivamente per condurre all'affermazione dell'offesa nelle sue implicazioni per il futuro», traduzione mia, in SHAPLAND J., *Implementing restorative justice schemes (Crime Reduction Program)*, A report of the first year, Home Office online, 32/2004, in www.homeoffice.gov.uk.

⁵⁶ MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 47.

altrimenti legittimabile se non nei termini della prevenzione alla recidiva»⁵⁷. I contenuti riparativi devono prevalere su quelli retributivi in quanto nel percorso di riparazione non v'è solo un'attenzione ai risultati ma altresì a tutte le fasi che portano a raggiungere quel risultato.

Vi sono poi definizioni di giustizia ristorativa che sono maggiormente orientate sulla comunità in cui è stato commesso il reato. La giustizia retributiva si rivolge alla comunità in modo assolutamente astratto in quanto, come visto, lo Stato è la vittima del reato, nella giustizia ripartiva la comunità svolge la funzione di riappacificazione, di collante, in quanto tende a ricucire il legame spezzato dal reato⁵⁸.

Gli approcci ristorativi orientati alla comunità, tuttavia, sono validi solo per comunità semplici ben lontane da realtà come quelle attuali che sono invece caratterizzate da eccessiva differenziazione ed in cui non vi sono più valori di appartenenza estremamente condivisi.

In queste ipotesi si può definire la giustizia ristorativa come *«una pratica che coinvolge il ricorso al controllo locale, la risposta che può dare la comunità che si indirizza a tutte le vittime primarie e secondarie e alle singole comunità di appartenenza della vittima e del reo»⁵⁹. In questo modo si cerca di portare preventivamente la comunità nelle zone a più alto rischio di criminalità. «La comunità si sente ristorata nella sensazione di giustizia e di pace in quanto ha la consapevolezza di essersi attivata non solo per cercare di promuovere la soluzione del conflitto attraverso la riparazione ma anche per arginare e contenere i fattori criminogeni che essa stessa riconosce come presenti al proprio interno»⁶⁰.*

Ancora vi sono definizioni che si basano sui contenuti e sulle modalità di riparazione.

⁵⁷ MANNOZZI G. , *op. ult.cit.* p. 61.

⁵⁸ In questo senso si percepisce l'assonanza della giustizia ristorativa rispetto alle funzioni tradizionali. Infatti, tale impostazione è comune alle concezioni general-preventive positive in cui la pena si giustifica proprio per la sua funzione di meccanismo volto a ripristinare la fiducia dei consociati .

⁵⁹ MANNOZZI G. , *op. ult.cit.* p. 70.

⁶⁰ MANNOZZI G. , *op. ult.cit.* p. 72.

Il problema è definire cosa si intenda per riparazione ovvero «ogni azione volta a riparare il danno cagionato da reato sia materialmente che simbolicamente»⁶¹. Normalmente la condotta riparativa va posta in essere dal reo sotto forma di pagamento o di prestazione di un'attività lavorativa a favore della vittima o a favore della comunità e può anche includere la collaborazione del reo in attività di *training* o terapeutiche. La riparazione può essere promossa ed intrapresa anche dalla comunità o essere diretta alla comunità quando manca la vittima primaria del reato.

2. Fondamento e limiti della *Restorative Justice*

Le ragioni che hanno portato all'esaltazione della riparazione sono l'espansione del diritto penale, che ha avuto come conseguenza la riparazione come deflazione, i costi di accesso alla giustizia tradizionale⁶², nonché la privatizzazione del diritto penale con il tentativo di rendere la riparazione afflittiva⁶³.

La pena classica è ossessionata e pervasa dalla pedagogia, in quanto dietro alla pena carceraria si mascherano le esigenze disciplinari e di controllo che trasmigrano nelle misure alternative riproponendo la dialettica tra rieducare alla moralità e alla legalità.

⁶¹ MANNOZZI G., *op. ult.cit.* 88.

⁶² MAZZUCCATO C., in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25—26 maggio 2001)*, Giuffrè, 2002.

⁶³ VENAFRO F. PIEMONTESE C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Giappichelli, 2004. Altri autori rinvergono la crisi dei modelli tradizionali in un con la riscoperta del ruolo della vittima la regione della nascita delle pratiche ristorative. Per un approfondimento cfr. SCARDACCIONE G., BALDRY A., SCALI M., *La mediazione penale, ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Giuffrè, 1998. Ancora vi è chi ritiene che i fondamenti della giustizia ristorativa si rinvergono in epoche e culture molto distanti dalla nostra, tuttavia molteplici ragioni ne hanno imposto il riconoscimento anche nella nostro contesto politico-criminale. Anzitutto, il primo motivo concerne l'irrisolta questione relativa al funzionamento e alle finalità dei sistemi di giustizia. Una seconda ragione concerne i costi legati alla detenzione e alle forme correzionali, soprattutto in relazione al trattamento individualizzato. Infine, la crescente attenzione sulla vittima da troppo tempo ormai esclusa da qualsiasi riconoscimento da parte della giustizia ordinaria (per un approfondimento cfr. VEZZADINI S., *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, CLUEB, 2007).

La retribuzione e la prevenzione rinviano ad ambiti di problemi e ad interrogativi differenziati dalla riparazione: la legittimazione morale e l'orientamento allo scopo della risposta punitiva⁶⁴, da un lato, il superamento del conflitto - che è stato restituito alle parti - e le problematiche sottese alla giustizia tradizionale, dall'altro. Infatti, la *restorative justice* non si pone lo scopo di giustificare il fine della pena, né si preoccupa di orientare i cittadini; essa nasce dal basso e, senza alcun obiettivo prefissato, cerca di superare le affezioni determinate dal reato.

La *restorative justice* è un paradigma di giustizia nuovo, orientato ad obiettivi peculiari nel cui *range* di azione si collocano non solo gli interessi del reo ma anche delle vittime (sia primarie che secondarie) nonché della comunità e si esplica essenzialmente attraverso strumenti autonomi senza rinunciare a giovare di tecniche di intervento già note al diritto penale (restituzione, risarcimento, lavoro a favore della comunità), incoraggiando la riconciliazione tra le parti in conflitto e ponendosi come momento chiave per un più ampio percorso di pacificazione sociale⁶⁵.

«Un approccio diverso al ruolo della vittima, nel quadro della giustizia riparativa (o restaurativa) presuppone, al contrario, il superamento della visione classica secondo cui la prevenzione opererebbe essenzialmente attraverso dinamiche intimidative o neutralizzative: prospettiva la quale trascura sia la complessità psicologica delle scelte criminose, sia il fatto che una prevenzione stabile dipende da fattori di persuasione, piuttosto che da fattori, precari, di c.d. coazione esterna.

Ne deriva che solo un sistema giuridico il quale riesca a mantenere elevati i livelli di adesione per scelta ai precetti normativi, riguardando i destinatari delle norme penali non come oggetto di un condizionamento, ma come soggetti cui rivolge un appello che ne presuppone l'autonomia, è in grado di assicurare livelli di prevenzione affidabili»⁶⁶.

La prevenzione, in altre parole, non dipende da automatismi coercitivi, ma prioritariamente dal consenso. E nulla ristabilisce maggiormente il consenso circa il rispetto di una norma violata – vale a dire la sua autorevolezza – di quanto non avvenga attraverso la rielaborazione del fatto criminoso,

⁶⁴ MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006.

⁶⁵ MANNOZZI G., *op. cit.*

⁶⁶ EUSEBI L., *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in "Diritto penale e processo", 2013, 5, 527.

attestata mediante gesti riparativi, da parte del soggetto stesso che lo abbia posto in essere.

Va chiarito se per giustizia riparativa debba intendersi una vera e propria alternativa alla giustizia tradizionale, secondo una concezione per così dire "pura" di questa modalità di risposta al crimine, ovvero una modalità comunque compatibile con la giustizia tradizionale che non escluda la riabilitazione del reo o che comunque non si ponga quale alternativa ad essa⁶⁷. La giustizia riparativa è storicamente fondata sulla crisi della concezione retributiva della pena e di quella socio-riabilitativa, nonché la crisi dello Stato assistenziale. È dunque opportuno interpretarla quale alternativa al sistema tradizionale che non si confonda in alcun modo con esso e anzi lo superi così da consentire la realizzazione delle finalità che le sono proprie. Diversamente, la giustizia riparativa perderebbe la sua aspirazione di "giustizia" per trasformarsi essa stessa in sanzione⁶⁸.

In aggiunta ai profili già noti sulle finalità cui tendono i diversi sistemi, va sottolineato il modo in cui i tre sistemi interpretano il conflitto. «*La giustizia retributiva tende a negarne e a disconoscerne la natura interpersonale, ritenendo un aspetto da eliminare, mentre il modello riabilitativo lo considera come deviazione dalla normalità, patologia da curare. Il paradigma riparativo, al contrario, riconosce la natura interpersonale del conflitto quale elemento integrante ogni aggregato*

⁶⁷ SCARDACCIONE G., BALDRY A., SCALI M., *La mediazione penale, ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Giuffrè, 1998.

⁶⁸ Per un approfondimento cfr. DONINI M., *per una concezione post—riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2013, Vol. 56, fasc. 3, pp. 1162-1218. L'Autore, in particolare, propone di includere la ristorazione come forma primaria di risposta al crimine trasformandola così in sanzione. Il fine è certamente nobile e condivisibile, tuttavia, a parere di chi scrive, se si disancora la riparazione da quel contorno che caratterizza la *restoration* in *restorative justice*, si perdono la maggior parte degli effetti benefici che la stessa è in grado di produrre e se ne svilisce la reale portata. Certamente ripensare al sistema in un'ottica che privilegi la ristorazione come sanzione principale significa finalmente ritornare ad una logica privatistica del conflitto, restituendolo alle parti legittime ed estromettendo dalla scena — almeno in parte — lo Stato. Tuttavia, come detto, imporre una sanzione ristorativa fine a se stessa rinnega la sostanza della giustizia ristorativa.

sociale che pertanto va accolto e gestito ravvisandone potenzialità e valenze intrinseche»⁶⁹.

Quanto ai valori cui si ispira la *restorative justice* ricordiamo la responsabilità, la riparazione, la riconciliazione, la pietà e la misericordia. Un altro valore è quello della «*earned redemption (o riscatto conquistato, riscatto meritato) per cui il processo di reinserimento del reo prende avvio dal suo impegno a rimediare i danni prodotti con la propria condotta, avvenga ciò in termini materiali o simbolici. Perciò il ravvedimento necessita di essere concretamente agito affinché chi ha sbagliato si meriti la possibilità di essere riammesso entro il consorzio sociale»⁷⁰. L'attenzione in questi casi è posta sull'atteggiamento e sui sentimenti del reo, piuttosto che sul disvalore del fatto realizzato. Infine con la giustizia ristorativa si persegue il valore del perdono.*

La giustizia ristorativa si fonda sui seguenti principi⁷¹: i) riappropriazione del processo da parte della vittima e del reo; ii) rivalutazione della vittima; iii) affermazione di un nuovo concetto di responsabilità da parte dell'autore del reato assunta direttamente nei confronti della parte offesa e che tiene conto delle conseguenze del delitto non tanto della definizione del reato; iv) il recupero dell'amministrazione della giustizia da parte della comunità che fornisce risorse ed impone condizioni in quanto può essa stessa essere stata essa colpita dal reato; v) inserimento di nuove figure professionali che possano prescindere dall'amministrazione della giustizia.

Quando ci si interroga sulla giustizia ristorativa non può mancare una riflessione sulla meritevolezza della pena. Infatti, queste forme di *diversion* hanno alla base l'idea che lo Stato debba rinunciare alla sanzione, quantomeno a quella tradizionale, quando il fatto non superi il giudizio di meritevolezza. Infatti, il problema dell'analisi della meritevolezza della pena si fonda sulla verifica dell'opportunità o meno di comminare una sanzione nonostante il fatto di reato, opportunità che viene meno laddove

⁶⁹ VEZZADINI S., *op. cit.*, p. 35.

⁷⁰ VEZZADINI S., *op. cit.* p. 40.

⁷¹ per un approfondimento v. SCARDACCIONE G., BALDRY A., SCALI M., *op. cit.*

l'autore di reato non la meriti secondo il principio costituzionale di proporzionalità. La tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza non sono sufficienti a delineare il volto dell'illecito penale in quanto è necessaria anche l'individualizzazione del reato attraverso il criterio della meritevolezza della pena come quarto requisito della fattispecie; tutti e quattro gli elementi devono poter concorrere a delineare il disvalore del fatto⁷². «L'attività di riparazione resta comunque vincolata da una risposta penale di tipo sanzionatorio pur se orientata in senso restitutivo»⁷³. Tale giudizio di meritevolezza non esclude l'offensività del fatto nel senso che vi è stata comunque l'offesa ad un bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, ma per le modalità in cui è avvenuta l'offesa o per le condotte del reo successive al reato, quel fatto non merita di essere punito. In ordinamenti come quello inglese in cui l'azione penale è discrezionale, il giudizio di meritevolezza è sempre operato dal *Prosecutor* che, prima di procedere, deve valutare se è rispondete all'interesse pubblico perseguire quel determinato reato per come si è realizzato concretamente. In un sistema ad obbligatorietà dell'azione penale, invece, è più difficile ammettere che trovi spazio la valutazione circa la meritevolezza della sanzione⁷⁴.

La pena ha un'efficacia intimidatrice preventiva e presuppone un atto illecito qualificato psicologicamente; la quantificazione del risarcimento è invece effettuabile solo a posteriori e prescinde dalle categorie dogmatiche tradizionali. La riparazione non è un «terzo binario del sistema sanzionatorio»⁷⁵, ma si inserisce a pieno titolo «alla base della risposta penale»⁷⁶. Occorre tuttavia differenziare il risarcimento dalla riparazione.

⁷² FONDAROLI D., *op. cit.*

⁷³ SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", n. 3-4, 2001, p. 130.

⁷⁴ Per un approfondimento v. *infra*.

⁷⁵ DONINI M., *op. cit.* p. 1200.

⁷⁶ DONINI M., *op. cit.* p. 1202.

La riparazione copre parte del danno non eliminato dal risarcimento⁷⁷ e, a differenza di questo, presuppone il riconoscimento da parte del reo della propria responsabilità, l'elaborazione da parte della vittima dell'esperienza di vittimizzazione subita, nonché la presa di coscienza da parte della comunità del rischio di vittimizzazione⁷⁸.

Non è ben chiara la differenza tra riparazione del fatto e del danno. La riparazione è l'obiettivo da perseguire: l'autore deve riparare la vittima per il male che le ha inflitto con il reato mediante un percorso di riconciliazione. Anche se le modalità di riparazione potrebbero essere le più disparate, nella maggior parte dei casi, si è assistito a forme di risarcimento del danno. Le alternative si sono sostanziate in ipotesi del tutto marginali e legate soprattutto a reati bagatellari⁷⁹.

Come vedremo anche più approfonditamente nel proseguo della trattazione, il ruolo della riparazione nel nostro Ordinamento è stato soltanto quello di criterio di commisurazione della pena, quindi di una circostanza attenuante, salvo il caso dell'art. 35 della l. sulle competenze penali del giudice di pace. In particolare, quando la ristorazione svolge la funzione di circostanza attenuante è applicabile riconducendo la valutazione della condotta susseguente al reato (di cui anche la mediazione ne sarebbe esatta esemplificazione) tra i criteri commisurativi ex 133 cp⁸⁰, in quanto essa,

⁷⁷ per un approfondimento cfr. FONDAROLI D., *op. cit.*; MANNOZZI G., *op. cit.*; MUZZICA R., *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" n. 3, 2015 p. 158 e ss; PICOTTI L. (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, CEDAM, 2010.

⁷⁸ MANNOZZI G., *op. cit.*

⁷⁹ FORNASARI in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25-26 maggio 2001)*, Giuffrè, 2002. A ben vedere, in Ordinamenti che vantano un grado di sviluppo estremamente avanzato di queste pratiche, le forme di ristorazione si sono concretizzate in lettere di scuse, attività di volontariato, attività a favore della comunità, attività dirette a ripristinare lo *status quo ante delictum*. Per un approfondimento cfr. CROSLAND P., LIEBMANN M., 40 cases. Restorative justice and victim-offender mediation, Mediation UK, October 2003.

⁸⁰ FORNASARI in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25-26 maggio 2001)*, cit.

almeno attualmente, non costituisce causa generale di esclusione della punibilità.

3. I vari tipi di giustizia restaurativa

Tra le tante posizioni emerse merita una citazione del tutto particolare la Dichiarazione di Vienna, risoluzione 27-28, del X Congresso Internazionale dell'ONU sulla "Prevenzione del Crimine e Trattamento dei Rei" (10-17 Aprile 2005), all'interno della quale è contenuto un elenco di pratiche che rientrano nel più ampio concetto di *restorative justice*⁸¹; tra queste possiamo ricordare:

- *VOM (Victim-Offender Mediation)*: costituisce l'esempio più comune di *restorative justice*, ed è un processo che vede coinvolti la vittima, l'autore del reato ed un mediatore al fine di svolgere un'analisi del reato e delle sue conseguenze. Dopo gli incontri di regola scaturisce un accordo di riparazione.
- *APOLOGY* (scuse formali): costituisce un documento, nella maggior parte dei casi nella forma di una lettera, in cui il reo si dichiara responsabile del fatto di reato, spiega i suoi sentimenti ed i motivi che l'hanno indotto a commetterlo e si conclude con le sue scuse verso la vittima.
- *COMMUNITY/FAMILY GROUP CONFERENCING*: è una forma di mediazione allargata in cui partecipano oltre ai soggetti

⁸¹ Per un approfondimento cfr. UMBREIT, M.S., VOS, B. e COATES, *Restorative justice dialogue: Evidence-Based Practice*, R.B. January 1, 2006, Center for restorative justice & peacemaking. An international resource center in support of restorative justice dialogue research, and training, pdf document, in http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/PDFs/RJ_Dialogue_Evidence-based_Practice_1-06.pdf; CERETTI A, DI CIO' F, MANNOZZI G., *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, in SCAPARRO F., *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Guerini Associati, Milano, 2001 e MANNOZZI G., *La giustizia senza spada: uno studio comparato tra giustizia riparativa e mediazione penale*, Torino, Giuffrè Editore, 2003; PICOTTI L. (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, CEDAM, 2010; REGGIO F., *Giustizia dialogica, luci e ombre della restorative justice*, Franco Angeli, 2010; MIERS D., *An exploratory evaluation of restorative justice schemes*, Crime Reduction Research, Series Paper 9, Home Office, September 2001, National Commission On Restorative Justice, *Final Report*, PDF document (Ireland).

summenzionati anche i familiari o persone di particolare valore affettivo sia da parte della vittima che dell'offensore (i cosiddetti *key supporter*) che aiutano entrambe le parti nella risoluzione del conflitto che li opprime. Le regole sullo svolgimento del confronto sono dettate dal mediatore (*facilitator*) che guida gli attori anche nel dialogo.

- *COMMUNITY/NEIGHBORHOOD VICTIM IMPACT STATEMENT* (cd *VIS*): rappresenta una relazione che redige la vittima – individuale o collettiva – in cui la stessa esprime i suoi sentimenti e le conseguenze subite a causa del reato. Tale documento è diretto all'Autorità Giudiziaria competente. Costituisce parte del cosiddetto *Pre-sentence report*, ossia una relazione che viene fatta dal *Probation Office* nella quale vengono inserite tutte le informazioni circa la vita del reo, il suo passato, criminale e non, le modalità di realizzazione del fatto, etc. e che viene consegnata al giudice al fine di meglio determinare la pena per il reo (ovviamente questo vale per i Paesi di *Common law*).
- *COMMUNITY RESTORATIVE BOARD*: questa denominazione caratterizza un gruppo di cittadini che hanno il compito specifico di parlare con il reo al fine di analizzare il reato commesso e arrivare a predisporre un programma di riparazione che il deviante si impegna a rispettare in un determinato periodo di tempo. Una volta decorso il termine previsto, il *community restorative board* riferisce all'Autorità giudiziaria una relazione contenente il programma che il reo si è impegnato a rispettare ed i risultati raggiunti.
- *COMMUNITY SERVICE/PEACEMAKING CIRCLES*: costituisce una partnership con la comunità che si impegna a trovare accordi condivisi da entrambe le parti coinvolte in un conflitto (*peacemaking circles*). È un processo aperto al pubblico e valevole per i reati più gravi in cui si prevede che la vittima, il reo, i rispettivi familiari ed i rappresentanti della comunità riferiscano all'Autorità

giudiziaria i propri sentimenti in vista del raggiungimento di un accordo di riparazione che accontenti tutti gli attori in causa.

- *COMMUNITY SERVICE*: svolgimento da parte del reo di attività di lavoro gratuito a favore della comunità.
- *COMPENSATION PROGRAMMES*: costituisce un programma di riparazione dei danni derivanti dal reato tra i quali possiamo citare ad esempio le spese per l'assistenza medica e psicologica, sussidi, vitalizi, etc. che, ancorchè, sono predisposti dallo Stato, possono essere anche a carico del reo.
- *DIVERSION*: con questo termine si indicano l'insieme delle tecniche dirette ad evitare che il reo entri nel circuito penale o nel processo.
- *FINANCIAL RESTITUTION TO VICTIMS*: è un processo per il quale la Corte competente per giudicare il reato, avvalendosi del *VIS*, quantifica i danni che ha subito la vittima ed impone al reo il pagamento di una somma di denaro.
- *PERSONAL SERVICE TO VICTIMS*: con questa terminologia si indicano quelle attività svolte dal reo in favore delle vittime danneggiate dal reato; di regola si ricorre a questa pratica nel caso di reati di lieve entità commessi dai minori in quanto le attività che vengono prescritte sono molto semplici come ad esempio, pulizie domestiche, imbiancature o verniciature, giardinaggio etc.
- *VICTIM COMMUNITY IMPACT PANEL*: costituisce una modalità particolare di risoluzione dei conflitti in quanto il *panel* è costituito da un gruppo di rappresentanti delle categorie "vittime" ed "autori del reato". Tale gruppo, infatti, è composto da alcune vittime e alcuni autori di reato, che sono tuttavia differenti da quelli coinvolti direttamente. Durante gli incontri tutte le vittime, per quindici minuti ciascuna, sono ammesse a parlare e a raccontare la loro esperienza. La funzione di questo tipo di gruppi è di permettere alle vittime di raccontare le loro esperienze e risolvere il trauma derivante dal reato subito. Per i rei, dall'altro lato, costituisce

un'importante occasione per comprendere quello che può essere l'impatto delle loro azioni sulle persone. Tale forma di giustizia ristorativa non è diretta a sollecitare il dialogo tra le parti e non è uno strumento alternativo alla giustizia – in quanto è comunque sempre necessario un processo per la determinazione della pena – ma costituisce una forma di giustizia ristorativa in quanto permette di raggiungere gli obiettivi che sono propri a questo tipo di pratiche.

Molte di queste tecniche sono state oggetto di sperimentazione in diversi Paesi e hanno dato – e tutt'ora dimostrano – ottimi risultati sotto molteplici profili. Dal punto di vista del reo, infatti, le pratiche ristorative hanno il comune intento di trovare la strada per aiutarlo a compiere una sorta di percorso introspettivo al fine di comprendere il male che ha provocato nella/e vittima/e e cercare di combattere la recidiva. Di regola, infatti, i meccanismi sopra descritti permettono di comminare sanzioni diverse dal carcere, o di accompagnare la sanzione detentiva tradizionale a forme di ristorazione per la vittima. Tramite tali pratiche, tra l'altro, si cerca di raggiungere l'ulteriore finalità di combattere la recidiva ancorché gli studi, in questo ultimo aspetto, dimostrano risultati non univoci⁸².

Dal punto di vista della vittima, queste pratiche hanno dato luogo a molteplici riscontri positivi.

⁸² Per un approfondimento cfr. SHAPLAND J., *Implementing restorative justice schemes (Crime Reduction Program)*, A report of the first year, Home Office online, 32/2004, in www.homeoffice.gov.uk; SHAPLAND J., *Restorative Justice in Practice—findings from the second phase of the evaluation of the three schemes*, Home Office online, 2006, in www.homeoffice.gov.uk; SHAPLAND J., *Restorative Justice: the View of Victims and Offenders, the third report from the evaluation of three schemes*, Ministry of Justice Research Series, 3/07, June 2007, in www.justice.gov.uk; SHAPLAND J., *Does Restorative Justice Affect Reconviction? The Fourth Report of the Three Schemes*, Ministry of Justice Series, 10/08, June 2008, in www.justice.gov.uk/publications/research.htm; SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007. Per la letteratura italiana cfr. MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2012 .

Anzitutto occorre sottolineare il primo e fondamentale risultato che si raggiunge: la vittima viene finalmente reinserita all'interno del circuito penale restituendole quello che le era stato "usurato" dallo Stato: il diritto di partecipare in prima persona alla risoluzione del crimine che l'ha vista coinvolta e il diritto fondamentale di essere ascoltata, aiutata e supportata in tutti quelli che sono i suoi bisogni connessi al reato. Infatti, la maggior parte delle pratiche che abbiamo citato presuppongono e, anzi postulano, un momento in cui la vittima viene ascoltata; la persona offesa dal reato può così esprimere le sue paure, sensazioni, sentimenti e nel caso di incontro con il reo anche porgli delle domande che le possono essere utili per affrontare e per superare il reato. Gli studi condotti laddove sono stati predisposti progetti pilota per analizzare i benefici di queste nuove metodiche, hanno dimostrato che la mediazione riduce gli stress causati dal reato, permette alle vittime di sentirsi nuovamente sicure ed in grado di recuperare l'autostima e la fiducia in se stessi⁸³.

Ancora, gli studi⁸⁴ effettuati hanno dimostrato una riduzione dei tempi processuali, poiché si "esce" dall'apparato giudiziario genericamente inteso e un conseguente risparmio di energie e di risorse.

Le pratiche che sono state descritte, come visto, comprendono molteplici attività che sono genericamente ristorative ancorchè non comportano una radicale alternativa al processo penale.

⁸³ Per un approfondimento cfr. SHAPLAND J., *Implementing restorative justice schemes (Crime Reduction Program)*, A report of the first year, Home Office online, 32/2004, in www.homeoffice.gov.uk; SHAPLAND J., *Restorative Justice in Practice—findings from the second phase of the evaluation of the three schemes*, Home Office online, 2006, in www.homeoffice.gov.uk; SHAPLAND J., *Restorative Justice: the View of Victims and Offenders, the third report from the evaluation of three schemes*, Ministry of Justice Research Series, 3/07, June 2007, in www.justice.gov.uk; SHAPLAND J., *Does Restorative Justice Affect Reconviction? The Fourth Report of the Three Schemes*, Ministry of Justice Series, 10/08, June 2008, in www.justice.gov.uk/publications/research.htm; SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007. Per la letteratura italiana cfr. MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2012.

⁸⁴ Vedi nota precedente.

PARTE II

LA MEDIAZIONE PENALE

"Non vendicarti, perché dopo la vendetta viene il pentimento"

Confucio

Capitolo I

La sostanza della mediazione penale

In questo capitolo approfondiremo come nasce la mediazione e quali sono gli attori del confronto. Tale analisi è funzionale a comprendere quali siano i risultati cui tende la mediazione che verranno approfonditi nel prossimo capitolo.

La mediazione, come abbiamo visto, è una delle modalità con cui può estrinsecarsi la *restorative justice* ed, in Italia, è certamente l'unica forma di giustizia ristorativa praticata.

Giustizia e ristorazione sono estremamente differenti. La mediazione, infatti *«è ternaria nella struttura (senza il terzo—mediatore non c'è mediazione) e nel risultato (il mediatore aiuta a trasformare la relazione tra gli antagonisti facendola migrare da uno stato di tensione binaria, in cui regnano la simmetria, l'esclusione, la competizione e la violenza, verso un processo a tre poli in cui il dubbio, l'interrogativo e le differenze possono esistere e la responsabilità viene condivisa)⁸⁵, mentre la giustizia pur ternaria nella struttura è binaria nel risultato, poiché divide e distingue ciò che è conforme alla norma e ciò che non lo è»⁸⁶.*

⁸⁵ CERETTI A., in PICOTTI L (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998 cit. p. 38.

⁸⁶ *ut. supra* p. 37.

1. La nascita della mediazione penale

L'origine della mediazione potrebbe essere ricondotta a tre ambiti⁸⁷ e situazioni differenziate che hanno in comune l'insoddisfazione per l'attuale sistema sanzionatorio e penale⁸⁸.

In primo luogo, gli studi antropologici hanno evidenziato come occorra trovare un sistema a somma positiva, nel quale nessuno vince o perde — come invece accade nei giochi a somma zero — ma in cui ciascuno cede o restituisce qualcosa a qualcun altro in termini positivi, di incontro e non di scontro. Infatti, *«ogni volta che consideriamo un nostro vantaggio un danno arrecato ad un altro, trasformiamo automaticamente un gioco a somma zero»*⁸⁹. Questi risultati sono stati ottenuti grazie allo studio di sistemi elementari, quali quelli delle tribù africane e centro-americane, nei quali il percorso di mediazione si sviluppa autonomamente e del tutto indipendentemente rispetto al processo penale. Tali studi hanno fatto emergere che il ricorso ad un *«rito alternativo e parallelo al processo penale: “parallelo” perché coesiste con il rito formale, al quale le parti possono comunque accedere, prima o dopo aver esperito il tentativo di mediazione; alternativo perché risponde ad una logica del tutto diversa da quella del rito penale»* consente di raggiungere risultati del tutto inaspettati ed estremamente positivi in relazione alla ricaduta nel reato rispetto alle

⁸⁷ In realtà altri autori (cfr. in particolare REGGIO F., *Giustizia dialogica, luci e ombre della restorative justice*, Franco Angeli, 2010) identificano altri fattori tra quelli che hanno determinato l'introduzione di queste forme di giustizia alternativa. In particolare, rientrano tra queste anche i fautori di programmi ristorativi che vedono proprio nel risarcimento il fine del diritto penale, ispirazioni antropologiche di matrice cristiana nonché l'etica femminista.

⁸⁸ Già questa apparentemente semplice affermazione va immediatamente riconsiderata in ragione del fatto che le pratiche di mediazione sono presenti e sono emerse in contesti culturali molto diversi tra loro che ne hanno altresì determinato caratterizzazioni estremamente diversificate (cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Giuffrè, 2003).

⁸⁹ CASTELLI S., *La mediazione: teorie e tecniche*, Raffaello Cortina Editore, 1996, p. 78.

ipotesi tradizionali in cui è ammesso il solo ricorso allo strumento processuale⁹⁰.

Un'ulteriore spinta all'introduzione della mediazione è dovuta all'abolizionismo penale. Gli abolizionisti rappresentano una corrente di pensiero moderna — piuttosto disincantata rispetto alla possibilità che il sistema penale possa assolvere ad una delle funzioni che si è prefissato nel corso del tempo — che propone di abolire il diritto penale ed il connesso sistema penitenziario. Ciò in quanto essi sono consapevoli dell'inutilità dei castighi ed, in particolare, delle pene detentive così come si sono imposte nel corso della storia. Da qui la necessità di sostituirle ed eliminarle al fine restituire alle parti una nuova forma di dialogo e soluzioni costruttive verso la risposta al crimine. Infatti, come è noto, il carcere è *«intenzionalmente afflittivo, colpisce il condannato senza eliminare o compensare le conseguenze dell'illecito e senza risultati utili a scadenza immediata»*⁹¹. Gli abolizionisti propongono, dunque, di eliminare le pene detentive brevi per evitare inutili sofferenze — con ciò superando altresì gli effetti secondari della pena — e propongono meccanismi di soluzione del crimine improntati su base civilistico-privatistica al fine di restituire alle parti la soluzione della controversia e, soprattutto, di esaltare e reintrodurre le vittime all'interno del contenzioso. Le pratiche mediatricie, pertanto, si pongono quale perfetta forma di realizzazione di tali obiettivi.

La terza origine è quella dei 'movimenti a favore delle vittime' e della ricerca vittimologica che da tempo hanno lamentato e richiesto con forza l'inserimento di istanze e di procedure dirette a riscoprire il ruolo della vittima nel processo penale, ormai, come visto, tristemente relegata a mera figura di contorno e di insignificante rilevanza.

Negli anni Settanta del secolo scorso è iniziato l'interesse a favore delle vittime grazie ai movimenti femministi che hanno incentrato l'attenzione

⁹⁰ MANNOZZI G., *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in De Francesco - Venafro, *Meritevolezza della pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 117-140.

⁹¹ MANNOZZI G., in BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2005.

dell'opinione pubblica a seguito di gravissimi episodi di violenza sessuale. Successivamente Burgess e Holstrom, due insigni ricercatori, nel corso delle loro indagini sulle vittime da stupro negli Usa (1975), hanno rivelato la persistente e sconcertante mancanza di aiuto e la conseguente necessità di cura in favore delle vittime da parte della giustizia criminale⁹².

Le vittime, anche quelle di reati gravi come la violenza sessuale, sono viste come testimoni di un reato contro lo Stato e come tali possono essere sentiti, “usati” e “abusati” sia dal Pubblico Ministero che dal difensore. In questi contesti si viene a creare quella che viene definita “seconda vittimizzazione”, ossia il rischio di produrre in capo al danneggiato una nuova sofferenza che le trasforma nuovamente in vittima. Ciò si verifica perché essa può essere ancora sotto *shock* per il reato subito e non è pronta psicologicamente ad affrontare lunghi ed estenuanti interrogatori, raffiche di domande in sede processuale ed eventualmente anche incontrare l'offensore nella sede formale giudiziaria dove il clima è ricco di ulteriori tensioni. Per non parlare di quanto possa trasmetterle la stessa opinione pubblica.

Questi tre fattori hanno portato all'introduzione, prima negli Stati Uniti, poi man mano in quasi tutti i Paesi del mondo, di progetti pilota per studiare quale fosse l'impatto delle procedure mediatriche nei processi, quali tra i problemi che presenta la giustizia tradizionale potessero essere risolti tramite l'implementazione di modalità concordate di risoluzione dei conflitti ed, infine, quali potessero essere le critiche e le problematiche che eventualmente potessero insorgere dall'uso attivo di queste nuove metodiche. Infatti, l'assoluta carenza di verifica empirica concernente i fini preventivi della pena, oltreché un *deficit* di legittimazione dell'intervento

⁹² WEMMERS J. A., *Where they belong? Giving a victim a place in the criminal justice process*, scritto presentato al National Victim Conference, 23—24 September 2008, Adelaide Australia, in forum 20 (4), pp. 395—416, 2009. Nel corso di tali indagini, gli studiosi hanno constatato, seguendo vittime dal momento del ricovero in ospedale fino a tutta la durata del processo, che subivano enormi frustrazioni che crescevano nel corso del processo, fino rappresentare quasi una violenza maggiore dello stesso stupro. A partire da questi studi, sono iniziati molteplici progetti di ricerca condotti da Shapland. Per un approfondimento vedi GATTI U., MARUNGO M., *Verso una maggiore tutela dei diritti delle vittime: la giustizia riparativa al vaglio della ricerca empirica e bibliografia citata.*

punitivo, portano necessariamente alla ricerca di qualcosa d'altro. Il diritto penale è, infatti, irrinunciabile solo per un nucleo di reati oggettivamente gravi; la zona grigia del *crime control* è allargata e sarebbe opportuna una soluzione mediante meccanismi di comunicazione non repressiva. «*La mediazione rappresenta l'evoluzione verso modelli decentrati di regolazione dei conflitti che si sviluppano nel quadro di entità sociali più o meno ampie permettendo una maggiore implementazione degli attori nella risoluzione dei propri contrasti*»⁹³.

2. La sostanza della mediazione penale

Per comprendere cosa sia la mediazione è opportuna una preliminare analisi della più celebre definizioni di tale istituto. Quella comunemente accolta è quella di Bonafè-Shmitt⁹⁴ secondo la quale, «*è un processo formale con il quale un terzo neutro, tenta, facilitando scambi tra le parti, di permettere loro di confrontare i propri punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che li oppone*»⁹⁵.

La mediazione, infatti, rappresenta un nuovo modo di approccio al reato che permette di raggiungere due obiettivi fondamentali: la responsabilizzazione del reo e la soddisfazione della vittima. Questa forma di *diversion*, in particolare, mantiene del processo penale il contraddittorio che, tuttavia, viene sviluppato mediante un dialogo tra le parti del fatto piuttosto che del processo⁹⁶. Sono le parti, dunque, che dopo uno o più incontri coadiuvati dal mediatore, di regola, raggiungono un accordo. Ma è solo grazie a tale percorso che l'accordo si colora di nuovi contenuti e

⁹³ MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Giuffrè, 2003, p. 117.

⁹⁴ BONAFÈ—SCHMITT J. P., *La Médiation: un Justice Douce*, Paris: Syros Alternative, 1992, p. 23.

⁹⁵ Si ricordino anche le definizioni di Castelli: «*mediazione dal latino 'mediare', ossia dividere, aprire nel mezzo, è andata ad indicare un processo mirato a far evolvere dinamicamente una situazione problematica e a far aprire una comunicazione prima bloccata*» (CASTELLI S., 1996) e di Ceretti «*Mediazione è l'attività in cui una parte terza e neutrale aiuta due o più soggetti a capire il motore, l'origine del conflitto che li oppone, a confrontare i propri punti di vista e a trovare una soluzione sottoforma di riparazione simbolica prima ancora che materiale*» (CERETTI A., p. 91, 1997).

⁹⁶ CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, 2010, p. 32.

permette una maggiore conoscenza di sé e il riconoscimento dell'altro. «*La mediazione — infatti — offre opportunità alla vittima di comunicare all'autore del reato vissuti sconosciuti; si contribuisce pertanto alla riformulazione in chiave comunicativa della definizione stessa di reato [..]. Il fine della mediazione non è né la conciliazione né la riparazione tout court bensì il risarcimento della frattura relazionale provocata dal reato e la riappacificazione sociale*»⁹⁷. Il risarcimento del danno o il raggiungimento dell'accordo sono solo il risultato finale della mediazione, ma ciò che dà valenza all'istituto e lo caratterizza è proprio il percorso che fanno le parti «*il cui scopo principale rimane quello di consentire la riappropriazione dell'integrità morale, psicologica e personologica degli stessi soggetti coinvolti*»⁹⁸.

A ben vedere, alcuni autori⁹⁹ sono contrari alla mediazione proprio a causa del risultato finale della stessa, in quanto costoro obiettano che nella giustizia ristorativa la decisione del *quantum* di risarcimento viene spodestata dallo Stato per essere poi attribuita unicamente nelle mani delle vittime diventando, di conseguenza, uno strumento che può essere squilibrato e iniquo. A ben vedere, nella mediazione non si stabilisce in modo autoritario e unidirezionale quale sia la sanzione che deve essere applicata al reo, come invece accade nel processo. Anzi, tramite queste pratiche, si realizza un cammino condiviso che vede coinvolte due parti e queste stesse parti, alla fine del percorso, concordano un programma. È vero che molte volte, anzi nella maggior parte dei casi, è proprio la vittima ad effettuare, a conclusione del percorso, una richiesta al reo, ma si tratta di una proposta che, proprio in quanto tale, non è imposta all'offensore ma è ad esso suggerita. Se quest'ultimo non acconsente, non si raggiunge nessun

⁹⁷ CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit. p. 47.

⁹⁸ CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit. p. 47.

⁹⁹ Per un approfondimento vedi ASHWORTH A., *Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State*, in "Oxford Journal of Legal Studies", Oxford University Press, vol. 6, numero 1, 1986, p. 95 che riporta ampiamente quelle che sono le opinioni espresse a riguardo..

accordo, la strada della mediazione si interrompe e la giustizia ordinaria riprenderà il suo corso tradizionale. Come si può facilmente osservare si tratta di un meccanismo estremamente diverso da quello del processo a conclusione del quale un giudice, ossia una persona terza e imparziale rispetto alla situazione in esame, impone una sanzione che il reo dovrà rispettare in ogni caso. A prescindere dal fatto che esso la condivida, a prescindere che la stessa sia equa ed equilibrata e, soprattutto, a prescindere dal desiderio della vittima. Quest'ultima inoltre, non viene in alcun modo presa in considerazione se non nel piccolo e insignificante spazio offertale dalla possibilità di esercitare l'azione civile per il risarcimento del danno.

A nostra opinione esiste troppo scetticismo e paura nell'abbandonare le tutele del processo, perché anche se nella strada tradizionale tutto il percorso è disciplinato in modo estremamente puntuale al fine di evitare abusi e soprusi, non si può per ciò stesso pensare che nelle maglie lasciate libere da una disciplina precipua sia nascondano necessariamente delle insidie. Ovviamente devono essere sempre adottate le opportune cautele per scongiurare che i nuovi strumenti, soprattutto se flessibili ed elastici, possano essere discriminatori, arbitrari o forieri di nuovi pericoli per le garanzie delle parti.

La mediazione permette il riconoscimento delle ragioni della vittima, la riparazione del danno, l'autoresponsabilizzazione del reo, il contenimento del senso di allarme sociale, nonché tempi rapidi di reazione al fatto. «*La mediazione realizza una giustizia che lega e che conserva a differenza della giustizia impositiva che scioglie e divide, è una giustizia dolce, mite, è giustizia che non punisce ma cura*»¹⁰⁰. La riparazione dell'offesa sostituisce la pena e diventa una forma di responsabilizzazione del reo.

La conciliazione è meno procedimento ma più effetto, è orientata al risultato. La mediazione, invece, guarda al procedimento riattivando la comunicazione tramite l'intervento del mediatore. «*Lo spazio della mediazione è in mezzo tra i due estremi, coincide con la loro relazione, con*

¹⁰⁰CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, 2010, 134.

la loro esistenza, condivide distanze e avvicendamenti [..]. Prima di essere mezzo era nel mondo antico mesotes, ossia spazio e virtù, nello stesso tempo era stare in mezzo, la presa in carico del problema non lontana dal rifiuto; idios che chiude gli individui nell'egoismo becero del loro punto di vista privato, privo di qualcosa; spazio comune partecipato che appartiene agli estremi tra i quali si definisce [..]. Meditas è lo spazio tra i due estremi che realizza la posizione difficile dello stare in mezzo, del condividere, dell'appartenenza comune, non spazio di sottrazione come quello occupato dal giudice che deve perdere la propria identità e mascherarsi confondendosi nello spirito della legge»¹⁰¹.

3. I presupposti della mediazione

In questo paragrafo si esamineranno i presupposti imprescindibili perché si possa parlare di mediazione nonché le cautele che devono essere adottate quando si ricorre a queste pratiche. L'analisi sarà condotta partendo dai documenti internazionali che hanno, progressivamente ed in misura sempre maggiore, invitato gli Stati sottoscrittori degli stessi ad introdurre forme di mediazione nei rispettivi ordinamenti tracciandone altresì le relative coordinate applicative.

3.1. I documenti internazionali

Per comprendere adeguatamente i presupposti della mediazione occorre richiamare i documenti internazionali che si sono occupati della materia e che, come detto, ne hanno definito altresì i limiti ed i presupposti applicativi.

Ci si riferisce, in particolare, alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa (99) numero 19 relativa all'implementazione della mediazione in materia penale nonché ai Principi base per l'uso della *restorative justice* nelle

¹⁰¹RESTA E., *Il diritto fraterno*, Roma, Laterza, 2002, p. 167.

questioni penali emanata dall'ONU, dopo l'incontro tenutosi a Vienna nel 2000.

A questi si devono aggiungere, più di recente, le linee guida per l'implementazione della mediazione del 2007¹⁰² nonché la direttiva UE 2012/29/UE sulla tutela della vittima.

Questi documenti rivestono un'importanza fondamentale perché dimostrano la rilevanza in ambito internazionale del tema e anche il riconoscimento da parte di organi di tale importanza, della mediazione e della giustizia ristorativa.

Ma procediamo con ordine.

a) La raccomandazione 19 del 1999 e i Principi Base del 2000

Innanzitutto, la Raccomandazione procede a definire la mediazione come *«un processo per cui all'autore e alla vittima di un reato è permesso, se consentono liberamente, di partecipare attivamente alla risoluzione dei problemi derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo neutrale (mediatore)»*. *«È un'attività in cui una parte terza e neutrale aiuta due o più soggetti a capire l'origine di un conflitto che li oppone, a confrontare i propri punti di vista e a trovare una soluzione sottoforma di riparazione simbolica prima ancora che materiale»*¹⁰³.

Tali definizioni, come analizzeremo compiutamente nel prosieguo, evidenziano immediatamente il primo presupposto imprescindibile perché si possa parlare di mediazione penale: il consenso libero e volontario a ricorrere alle pratiche.

I principi invece definiscono la *restorative justice* come un processo in cui la vittima, il reo e/o ogni altro individuo o la comunità che siano afflitti da un reato, partecipano attivamente ed insieme per la soluzione dei problemi generati da quel crimine, spesso con l'aiuto di un terzo affidabile e imparziale¹⁰⁴.

¹⁰² Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Mediation in Penal Matters, dell'European Commission for the Efficiency of Justice (Strasburgo, 7 dicembre 2007, CEPEJ (2007)13), in <https://wcd.coe.int>.

¹⁰³ Artt. 4 e 6 della Raccomandazione 19 del 1999.

¹⁰⁴ Traduzione mia.

Entrambi i documenti, dunque, valorizzano la presenza del mediatore alle pratiche come fulcro della procura per risolvere le affezioni causate dal reato.

Gli articoli 3 e 4 della Raccomandazione e l'articolo 6 dei Principi base prescrivono che i programmi di giustizia riparativa siano «*generalmente fruibili*» e «*utilizzati in ogni stato e grado del processo*». Anche questa prescrizione è di fondamentale importanza perché nell'imporre l'adozione delle pratiche ristorative in tutti gli Ordinamenti, ammette altresì implicitamente la perfetta compatibilità di tali pratiche con i principi fondamentali e i diritti dell'uomo; con ciò risulta difficilmente obiettabile l'esistenza di fattori ostativi all'adozione delle stesse metodiche anche in Italia¹⁰⁵. Va da sé, la successiva previsione, in entrambi i documenti, di prevedere regole specifiche in ciascuno Stato in modo che vengano garantite le prescrizioni minime inderogabili contenute in tali documenti in modo compatibile ai principi vigenti in ciascuno Stato.

Negli articoli successivi vengono dettate prescrizioni concernenti alcuni aspetti di particolare importanza inerenti le modalità di svolgimento della mediazione. Tra tutte merita di essere inizialmente segnalata la disposizione che sancisce il necessario carattere pubblico degli Uffici di Mediazione. Ciò in quanto si vuole garantire, stante la delicatezza delle procedure, da eventuali situazioni di disparità o soprusi che si potrebbero verificare nel caso in cui gli Uffici di Mediazione fossero affidati a finanziatori e gestori privati. Inoltre, viene specificata dai Documenti sopra indicati, la necessaria e imprescindibile gratuità delle prestazioni. La disposizione non necessita di particolari approfondimenti in quanto è chiaramente dettata per evitare disparità di ordine economico che si potrebbero verificare nel caso in cui le vittime stesse dovessero pagare le prestazioni che ricevono: tutte le vittime meritano analoghe forme di tutela e non si può pensare assolutamente che

¹⁰⁵ È evidente, infatti, che se due organi di tale importanza internazionale, sia per la pace tra gli Stati, che per quanto concerne il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, affermano la necessità dell'implementazione di tali pratiche, non si vede come l'Italia, seppur con estremo ritardo rispetto a tali documenti, abbia da poco e in modo assolutamente sporadico e scarno, introdotto qualche spiraglio di ipotesi mediazione.

alcune non abbiano diritto ad essere aiutate solo perché, per esempio, non hanno i mezzi sufficienti per pagare il supporto di cui necessitano. Analogamente dal lato del reo che non potrebbe essere privato di tale strumento solo perché non disponga dei necessari per pagare le relative pratiche.

Un'ulteriore prescrizione di particolare importanza riguarda l'ambiente in cui si dovrebbero svolgere gli incontri che dovrebbe essere sicuro, confortevole e soprattutto neutrale, ossia un ambiente che non lasci trasparire alcun tipo di ideologia.

Agli articoli 33 della Raccomandazione e 31 dei Principi, poi, viene stabilita l'imprescindibile coordinamento tra i magistrati ed i mediatori: ovviamente questo presupposto è imprescindibile perché la mediazione diventi uno strumento realmente effettivo e generalmente praticato. In effetti, solo mediante una collaborazione continua tra gli uffici requirenti, giudicanti e i mediatori si potrà finalmente tentare di introdurre effettivamente forme di giustizia ristorativa all'interno degli Ordinamenti giuridici. Sono, infatti, i magistrati ad avere per primi il contatto con il reato e il reo e dovranno sollecitare l'intervento dei mediatori, mentre saranno poi questi ultimi a dover riferire ai Giudici e Procuratori il risultato del lavoro compiuto e le possibili soluzioni della controversia. Dovranno poi predisporre dei corsi per la formazione dei mediatori e si raccomanda anche la costituzione di un'Authority che funga da garante per la verifica della praticabilità e l'uniforme applicazione delle metodiche suddette in tutto il territorio per evitare sperequazioni.

Le successive prescrizioni si occupano di garantire la spontaneità del ricorso alla mediazione e dunque del consenso da parte di entrambe le parti.

La riparazione concordata dovrà essere proporzionata e ragionevole; proporzionata in quanto non eccessivamente gravosa, ragionevole perché collegata da una relazione causale rispetto al reato commesso¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Per un approfondimento cfr. CERETTI A., MAZZUCCATO C., *Giustizia Riparativa e Mediazione tra Consiglio d'Europa e Onu*, in "Diritto Penale e Processo", 2001, fasc. 6, p. 772 e ss.

Va poi, infine, ricordato che entrambi i documenti postulano il necessario rispetto dei principi del giusto processo. Dovrà quindi essere garantito il diritto di difesa riconoscendo la possibilità di un'assistenza legale ad entrambe le parti, il diritto alla traduzione nella lingua conosciuta dalle parti, il diritto ad una conclusione, sia dell'iter di mediazione, che del procedimento giudiziario a esso conseguente, in modo celere ed, infine, devono essere previste norme a tutela dei soggetti deboli e minorenni.

Particolare attenzione dovrebbe essere serbata per evitare che il reo subisca la violazione del *ne bis in idem*: a seguito del processo, infatti, l'offensore subisce già la condanna — con le conseguenze che questa comporta —; occorre, dunque, che non si carichi anche la giustizia riparativa di forme «*paternalistiche ed eticizzanti*»¹⁰⁷ che la trasformino in qualcosa di simile al processo. Le due procedure, infatti, devono rimanere assolutamente separate, pena lo snaturamento di questi istituti con il rischio di perdere quanto di buono la mediazione può produrre in termini di giustizia e sostegno.

b) Le linee guida del 2007¹⁰⁸.

Le linee guida del 2007, poi, si sono occupate di analizzare l'impatto che la Raccomandazione del 1999 ha avuto negli Stati membri; per far ciò era indispensabile una analisi statistica che si è svolta tramite la compilazione di un questionario da parte di 16 rappresentanti degli Stati predisposto durante il primo incontro del Gruppo di lavoro (Strasburgo, 8-10 Marzo 2006). Sono state ricevute 52 risposte poi analizzate da Mr Julien LHUILLIER, uno scienziato francese esperto in materia. L'indagine ha dimostrato la sussistenza di grosse differenze tra i diversi Stati. I principali ostacoli si sono dimostrati: i) la mancanza di consapevolezza circa la mediazione e la giustizia ristorativa; ii) la mancanza di disponibilità a svolgere la mediazione prima e dopo la detenzione; iii) la possibilità offerta

¹⁰⁷ CERETTI A., MAZZUCATO C., *Giustizia Riparativa e Mediazione tra Consiglio d'Europa e Onu*, in "Diritto Penale e Processo", 2001, fasc. 6, p 776.

¹⁰⁸ cfr. Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Mediation in Penal Matters, dell'European Commission for the Efficiency of Justice (Strasburgo, 7 dicembre 2007, CEPEJ (2007)13), in <https://wcd.coe.int>.

solo dagli organi giurisdizionali di inviare i casi in mediazione; iv) i costi relativamente alti delle pratiche; v) la mancanza di corsi di specializzazione per i mediatori, nonché disparità nelle relative qualifiche¹⁰⁹.

Una volta riscontrato un tale *deficit* di applicazione dell'istituto, stante l'importanza della mediazione nell'esperimento di una soluzione concordata al crimine che tenti altresì di ridurre le affezioni del reato al fine di favorirne l'implementazione, gli estensori si sono posti l'obiettivo di redigere linee guida non vincolanti.

Anzitutto, è stato previsto, al fine di consentire un'eguale espansione delle pratiche, l'opportunità di implementare la predisposizione di schemi uniformi che ne assicurino un'equa distribuzione e praticabilità in tutte le fasi del processo, anche dopo l'espiazione della sanzione¹¹⁰. A tal fine gli Stati dovranno garantire forme di supporto finanziario ed economico¹¹¹ ai Centri di mediazione in modo da consentire un costante apporto di risorse necessario per il continuo svolgimento di tali pratiche.

Una volta predisposti progetti stabili, sarebbe poi necessario che i governi ne promuovessero la diffusione mediante adeguate campagne informative, di supervisione e di coordinamento¹¹².

Nel Documento, al § 1.2. pt. 11, si sottolinea altresì che i giudici, i pubblici ministeri e le altre autorità che collaborano con la giustizia penale, devono incoraggiare lo sviluppo della mediazione. In particolare, gli stessi dovranno essere capaci di informare le parti del processo sulle possibilità di ricorrere a tali pratiche, nonché essi stessi predisporre le basi per la mediazione inviando i casi agli uffici a ciò deputati. Gli Stati membri dovranno altresì implementare le autorità para-governative, nonché le organizzazioni private di supporto alle vittime. Ciò è imprescindibile per

¹⁰⁹ cfr. pt. 6, introduzione, linee guida 2007.

¹¹⁰ cfr. §1 pt. 9.

¹¹¹ cfr. § 1.1 pt.10.

¹¹² cfr. § 1.1 pt. 10.

permettere il corretto svolgimento delle procedure consentendo un'efficace sviluppo della cultura della mediazione¹¹³.

Il paragrafo 1.4 pt. 13 è emblematico nel prevedere altresì che venga incluso nei codici deontologici degli avvocati la previsione di obblighi di informazione in capo ai difensori in ordine alla possibilità di ricorrere alla mediazione per i propri assistiti, nonché la possibilità che siano gli stessi ad inviare i casi alle autorità competenti per la mediazione. Tale previsione, estremamente innovativa rispetto ai precedenti documenti, è di estrema importanza. Anzitutto, infatti, l'inserimento nel codice deontologico di una sorta di obbligo per gli avvocati di informare — analogamente a quanto già accade nel processo civile — permetterebbe davvero di implementare la mediazione, in quanto gli avvocati sarebbero incentivati, per non dire coartati, nel procedere con la mediazione. Inoltre, coinvolgere direttamente i difensori, quantomeno nelle prime fasi della procedura¹¹⁴, potrebbe essere molto proficuo in quanto sono coloro i quali hanno contatti estremamente

¹¹³ Come vedremo nel prosieguo della trattazione, infatti, uno dei maggiori ostacoli riscontrati allo sviluppo delle pratiche *de qua* è proprio l'assenza di un'adeguata cultura della mediazione. Ciò, evidentemente, ne impedisce il corretto svolgimento, nonché una pronta ed efficace diffusione (per un approfondimento cfr. MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss.).

E' chiaro pertanto che un documento che si occupi di analizzare i motivi che hanno ostacolato all'introduzione diffusa della mediazione nel contesto dei diversi Paesi europei e che indichi linee guida al fine di consentirne un pronto sviluppo, non può far meno di concentrarsi sulla diffusione di una cultura della mediazione quale primario obiettivo da perseguire.

¹¹⁴ Non ritengo sia opportuno far partecipare i difensori, invece, nelle fasi degli incontri di mediazione. In particolare, il ruolo attivo che questi potrebbero avere nel saggiare la praticabilità dell'incontro assecondando i desideri del proprio assistito, si trasformerebbe necessariamente in un fattore estremamente negativo qualora si permettesse ai difensori di partecipare alle procedure in quanto trasformerebbe la pratica in qualcosa di molto vicino alla giustizia tradizionale con evidenti rischi per il buon esito della stessa. La mediazione, infatti, funziona e può funzionare nella sua reale sostanza solo se ne viene preservata la sua peculiarità e solo se si rifugge dagli schemi tradizionali della giustizia. Ciò soprattutto dal lato del reo che deve potersi liberamente esprimere all'interno delle sedute, senza temere alcun giudizio. Per un approfondimento cfr. RESTA E., *Il diritto fraterno*, Roma, Laterza, 2002; CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative justice and victim-offender mediation*, Mediation UK, October 2003; GELSTHORPE L., SKINS L., *Restorative practices: repairing harm through kith and kin*, in F Ebrehaj, Oxford, 2006; GRAEF R., *Why Restorative Justice? Repairing the Harm caused by crime*, Calouste Gulbenkian Foundation, London, 2001; JOHNSTONE J., *Restorative Justice: ideas, values, debates*, William Publishing, Devon, 2002; MANNOZZI G., *Problemi e Prospettive della Giustizia Riparativa*, in "Rassegna Penitenziaria e Criminologica", Dicembre, 2001, pp. 1-11; MANNOZZI G., *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in DE FRANCESCO-VENAFRO, *Meritevolezza della pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 117-140.

ravvicinati con il reo e con la vittima e dunque possono saggiarne in modo concreto la praticabilità del ricorso alla mediazione o a forme di giustizia ristorativa, anche in una fase estremamente avanzata della procedura.

In tale documento, poi, si prevede altresì l'opportunità che tutti gli operatori intervengano al fine di assicurare *standard* di qualità uniformi nelle pratiche di mediazione. Si sottolinea altresì l'importanza che si ricorra a monitoraggi degli schemi vigenti nonché la sperimentazione di progetti pilota che siano oggetto di valutazione periodica da parte di soggetti esterni ed indipendenti. Tale approccio estremamente pragmatico è a noi sconosciuto ed invece dovrebbe quantomai essere implementata la ricerca e la valutazione circa gli effetti benefici di uno strumento di nuova introduzione. Questa prassi diffusa nel nostro ordinamento è estremamente nociva e di ostacolo all'implementazione di forme di giustizia ristorativa¹¹⁵.

Il punto 16, poi, nell'evidenziare la differente posizione delle vittime e dei rei, si sofferma sull'opportunità che venga garantita tutela alle vittime prima, durante e dopo la mediazione e che vi siano importanti ricerche sul problema.

Il paragrafo 1.6 si occupa di sottolineare che venga garantito il diritto/dovere di segretezza in capo ai mediatori soprattutto rispetto al processo e che le eccezioni al divieto di divulgare le informazioni apprese nel corso della mediazione, siano espressamente previste. Tale previsione si pone in linea con quanto già previsto dalla Raccomandazione del 1999 e dai Principi del 2000 ed è la diretta estrinsecazione della previsione di cui al nostro art. 111 Costituzione, ossia del giusto processo.

Successivamente il documento si occupa di garantire adeguata preparazione dei mediatori nonché che vengano previsti corsi di formazione periodica in uno con programmi che garantiscano a chi voglia diventare mediatore possa farlo. Si prevede altresì la predisposizione di criteri uniformi negli Stati in modo che i mediatori possano svolgere il loro ruolo in diversi Paesi ed eventualmente creare la figura di mediatore europeo.

¹¹⁵ Per un approfondimento cfr. MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss.

Dopo la previsione di forme di protezione dei minori, il documento si occupa di analizzare la predisposizione di codici di condotta dei mediatori.

Tutte queste previsioni sono funzionali ad assicurare adeguati livelli di mediazione che rispettino standard uniformi in tutto il territorio, per evitare forme di discriminazione.

Il paragrafo 2 si occupa dell'accesso alle procedure nonché di garantire che entrambe le parti siano protette nei loro diritti. In particolare, si specifica che le parti abbiano equamente accesso a tali pratiche, che sia garantito un contributo statale, nonché che ciascuna delle parti contribuisca equamente in termini economici e proporzionalmente alle sue sostanze in modo da evitare che ciò inibisca l'accesso a tali pratiche.

Quanto ai rapporti con il processo ordinario, si stabilisce, poi, che sia assicurata la sospensione dei termini di prescrizione per evitare che appunto maturi tale causa di estinzione del reato durante le pratiche.

In conclusione poi le linee guida evidenziano una mancanza di consapevolezza da parte di tutti gli operatori del settore di cosa sia la mediazione e soprattutto una scarsa conoscenza della raccomandazione del 1999. Per garantire una maggiore diffusione di tali pratiche è dunque indispensabile ricorrere ad una più vasta diffusione possibile di tali documenti provvedendo alla sua traduzione in tutte le lingue, nonché prevedere forme che assicurino una maggiore consapevolezza della mediazione a seconda delle tipologie di operatori di cui trattasi.

c) La direttiva UE 2012/29/UE

I documenti appena citati presentavano e presentano il forte limite che, non essendo testi vincolanti per gli Stati membri, hanno determinato l'introduzione di soluzioni estremamente disomogenee e discordanti. A ben vedere, infatti, la predisposizione dei vari progetti di mediazione nei diversi Stati è dipesa dalle volontà dei singoli Parlamenti nazionali. Ciò almeno fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha previsto nuove competenze in materia penale sia sostanziale che processuale. Questo è stato il motivo determinante che ha portato il legislatore comunitario a

predispone il testo della direttiva 29 del 2012 a tutela delle vittime¹¹⁶. Il precedente documento¹¹⁷, infatti, conteneva alcune previsioni sulla mediazione che tuttavia non erano, come detto, vincolanti.

Ora, invece, aver incluso il ricorso a forme di giustizia restaurativa nel contenuto della direttiva a tutela della vittima rende tale previsione direttamente vincolante in tutti gli Stati membri. A ben vedere, tuttavia, la direttiva di cui trattasi non ha potuto imporre direttamente forme di mediazione in quanto materia estranea alla competenza appannaggio della legislazione comunitaria¹¹⁸. Pertanto, per raggiungere analogo risultato, non ha potuto far altro che introdurre le previsioni tra le prescrizioni a tutela della vittima¹¹⁹.

Il testo che ne è derivato si riferisce alla mediazione in tre articoli. Nel primo, viene data una definizione di mediazione che si pone in linea con le altre vigenti a livello europeo¹²⁰. Successivamente, l'art. 4, poi, fornisce un catalogo di informazioni che devono essere necessariamente fornite alle parti nel momento in cui il caso viene mandato in mediazione. Infine, si prevede, ad espressa tutela della vittima, che si acceda a servizi seri e competenti.

Tale testo, tuttavia, seppure impone il riconoscimento della giustizia restaurativa non riconosce un vero e proprio diritto a ricorrere alla

¹¹⁶ Il nostro Ordinamento ha dato attuazione a tale direttiva con il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212. Per un approfondimento sulle novità ivi contenute cfr. CAGOSSI M., *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in "Diritto penale contemporaneo", 19 gennaio 2016, http://www.penalecontemporaneo.it/materia/—/—/—/4416—nuove_prospettive_per_le_vittime_di_reato_nel_procedimento_penale_italiano.

¹¹⁷ cfr. Decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI) in "Official Journal of the European Communities L 82/1 – 22/03/2001". Tale documento aveva già previsto all'art. 10 la implementazione della mediazione in tutti gli Stati membri e, ancora più importante, aveva sottolineato l'opportunità che gli Stati prevedessero forme di riconoscimento degli accordi restaurativi conseguenti alle pratiche di mediazione all'interno dei procedimenti penali.

¹¹⁸ A ben vedere, infatti, l'Unione europea ha competenza in materia di cooperazione penale solo nell'ambito disciplinato dall'art. 82 § 2 del TFUE, ossia può emanare direttive che stabiliscono norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nelle sfere di criminalità ivi indicate e tra queste non vi è la giustizia restaurativa.

¹¹⁹ KILCHLING M., PARLATI L., *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?* *Germania e Italia a confronto*, in "Cassazione Penale" 2015, pag. 4188C, fasc. 11.

¹²⁰ KILCHLING M., PARLATI L., *op. ult. cit.*, p. 2.

mediazione penale¹²¹. Anzi, addirittura afferma che si può ricorrere alla mediazione solo se ciò corrisponde ad un interesse per la vittima.

A fronte di tali aspetti criticabili, tuttavia il testo ha il pregio di riconoscere, per la prima volta, il ricorso a forme di giustizia ristorativa in modo vincolante per gli Stati membri. E se ciò può essere limitativo nelle sue previsioni per quegli Ordinamenti che conoscono un grado di sviluppo della mediazione già estremamente evoluto, il testo costituisce un punto di partenza estremamente importante per tutti gli altri sistemi in cui, invece, la mediazione costituisce al momento soltanto un vacuo paradigma dai contorni indefiniti.

3.2. Il consenso delle parti

Le prescrizioni internazionali che abbiamo analizzato delineano i contorni applicativi della mediazione. Ciò permette di ricavarne altresì i presupposti in difetto dei quali non è possibile parlare di mediazione.

Anzitutto, per poter esperire efficacemente la mediazione è necessario il consenso delle parti¹²²; reo e vittima devono poter scegliere liberamente di partecipare alla mediazione senza alcun tipo di costrizione e forzatura. La regola d'oro della procedura, per dirla con le parole di Ceretti¹²³, riguarda, infatti, il requisito della necessaria spontaneità e totale volontarietà di accesso alle pratiche che deve sussistere in tutti i momenti dell'*iter*. Vanno condannati qualsiasi tipo di condizionamento o forma anche occulta di induzione a partecipare agli incontri; il consenso dovrà essere spontaneo, consapevole, informato e protetto. Il mancato raggiungimento di una soluzione positiva all'esito della pratica non dovrà essere in alcun modo utilizzato contro il reo né per provare la sua colpevolezza né tantomeno per aggravarne la sanzione comminata giudizialmente. Gli Stati quindi, nel

¹²¹ KILCHLING M., PARLATI L., *op. ult. cit.*, p. 3.

¹²² per un approfondimento cfr. PILLA V., *La mediazione penale*, in "Minorigiustizia", 2008, fasc. 4, pp. 88-101; PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, 2000.

¹²³ CERETTI A., MAZZUCCATO C., *Giustizia Riparativa e Mediazione tra Consiglio d'Europa e Onu*, in "Diritto Penale e Processo", 2001, fasc. 6, pp. 772 e ss.

rispetto di tale prescrizione, dovranno adottare tutta una serie di accorgimenti per evitare che, anche in modo indiretto, la partecipazione alla mediazione possa costituire un pregiudizio per il reo e per la vittima.

Prerequisito indispensabile perché le parti aderiscano volontariamente e spontaneamente a tali pratiche è dato dalle informazioni che il mediatore deve necessariamente fornire circa il significato della mediazione, i diritti delle parti ed i relativi effetti sul processo¹²⁴. Le parti, in particolare, devono essere informate sugli effetti che la mediazione riverbera sul processo ordinario¹²⁵. È importante anche che la vittima sia informata della possibilità di ricorrere alla mediazione indiretta.

La ricerca di tale consenso deve avvenire per tutta la durata del processo, non essendo limitata solo alla fase delle indagini, in quanto la vittima potrebbe essere spinta ad incontrare il reo in qualsiasi fase anche avanzata del procedimento penale.

Viene poi stabilita la necessità che si presti attenzione ad evitare seconde vittimizzazioni anche queste necessariamente collegate alla spontaneità del consenso e della volontaria adesione a qualsiasi tipo di pratica.

Diversamente, sussiste il concreto rischio di seconde vittimizzazioni laddove la vittima si trovi costretta, senza una espressa volontà al riguardo, ad incontrare la persona che l'ha resa appunto vittima. Anche dal lato del reo, è imprescindibile che lo stesso desideri incontrare la vittima, diversamente non si impegnerebbe nel suo percorso né rispetterebbe gli impegni che costituiscono l'oggetto dell'accordo di ristorazione. Tra l'altro, ciò, ancora una volta, determinerebbe nuovamente un rischio di revittimizzazioni.

¹²⁴ PILLA V., *La mediazione penale*, in “Minorigiustizia”, 2008, fasc. 4, pp. 96.

¹²⁵ cfr. § 2 Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Mediation in Penal Matters, dell'European Commission for the Efficiency of Justice (Strasburgo, 7 dicembre 2007, CEPEJ (2007)13), in <https://wcd.coe.int>.

3.3. La concorde visione sugli elementi costitutivi del reato

Secondariamente, occorre una concordanza circa gli elementi fondamentali del fatto di reato. Non è richiesta una vera e propria confessione¹²⁶ da parte del reo, ma occorre quantomeno che le parti concordino sull'esistenza del fatto e delle modalità con le quali lo stesso si è realizzato, anche per consentire loro di avere una base comune di partenza sulla quale lavorare insieme. Senza che vi sia tale comunanza di contenuti risulterà impossibile raggiungere qualsivoglia effetto positivo da tali pratiche.

La *factual basis* costituisce uno degli aspetti più problematici della mediazione in quanto si pone in attrito con alcuni principi costituzionali ed in particolare con la presunzione di innocenza, il *nemo tenetur se detegere*. Per risolvere il problema occorrerà «*dismettere le vesti del determinismo meccanicistico di impronta giuridico-formale, rammentando come il "riconoscimento" dei basic facts di cui qui si discorre non assuma portata propriamente tecnica, e —soprattutto— sia espressamente reso sterile ai fini di un eventuale seguito della procedura giudiziaria, oltre gli spazi di una mediazione fallita*»¹²⁷.

Le pratiche mediatriche non si basano solo sulla mediazione del reato. A questo riguardo, ad esempio Ceretti, sottolinea come

«non si possa negoziare il contenuto del precetto penale. L'incontro tra il reo e la vittima avviene all'insegna di un comando incluso nel precetto. Non è il comando ad essere mediato ma a partire da quel comando, che dal momento in cui i soggetti entrano in mediazione rimane sullo sfondo, si va alla ricerca di modalità riparative (simboliche e non) in una relazione faccia a faccia che finisce con il contribuire a creare le premesse di un nuovo legame sociale»¹²⁸.

¹²⁶ in senso contrario cfr. PILLA V., *op. cit.*

¹²⁷ DI CHIARA G., *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", fasc.2, 2004, cit. pag. 508.

¹²⁸ CERETTI A., *Mediazione penale e giustizia, in-contrare una norma*, in Studi in Ricordo di Pisapia III, Criminologia, Milano, p. 763, in MANNOZZI G., *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in MANNOZZI G., (a cura di), *Mediazione e diritto penale, dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, Giuffrè, 2004.

Il fatto, la comunanza sul fatto, rappresenta il requisito imprescindibile per la mediazione. *«Proprio tale ammissione, ancorché parziale e incompleta, o “virtuale” come altrove si afferma, è ciò che permette di guardare alla persona offesa non più come mero oggetto sul quale è ricaduta l’azione deviante, nel segno di un processo di reificazione dell’altro che funge da meccanismo difensivo per chi quel gesto ha compiuto. Piuttosto la vittima torna ad essere soggetto che, pur nella sua irriducibile alterità, è in quanto tale persona, ossia essere in relazione, e la sua sofferenza, non più motivo di indifferenza, rappresenta il terreno comune dal quale muovere verso nuove riflessioni»*¹²⁹.

Ciò permette di differenziare la mediazione dai processi ordinari che hanno ad oggetto controversie concernenti i fatti e tutto il processo verte sulla ricostruzione del fatto così come si è verificato. La mediazione invece, si basa su presupposti differenti; a partire dal fatto si arriva a qualcosa di nuovo, di diverso, un accordo ristorativo per la vittima, nella maggior parte dei casi, se no semplicemente un dialogo avente ad oggetto le emozioni, i sentimenti e le affezioni provocate dal reato.

Tale comune visione sul fatto storico è sempre stata interpretata nel senso di escludere la necessità di una vera e propria confessione ¹³⁰. Quest'affermazione sembrerebbe smentita dal nuovo testo della direttiva 29/2012 che all'art. 12, comma 1, lett. c) prevede che il reo debba sostanzialmente aver ammesso i fatti che gli vengono contestati. A ben vedere, *«questa indicazione normativa, che sotto il profilo letterale si avvicina molto alla previsione di una confessione, è il frutto di una*

¹²⁹ DALLA LIBERA E., VEZZADINI S., *Giustizia riparativa e messa alla prova: uno sguardo alle prassi del Tribunale per i minorenni di Bologna*, in "Minorigiustizia", n. 3, 2010, cit. p. 226.

¹³⁰ cfr. REGGIO F., *Giustizia conciliativa, giustizia riparativa: linee per un confronto. Alcuni spunti in margine al dibattito internazionale sulla restorative justice*, in PICOTTI L., *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, CEDAM, 2010.

imprecisione della traduzione in lingua tedesca: la versione originale, in inglese, parla infatti di “riconoscimento” dei fatti»¹³¹.

4. I soggetti della procedura

Nell'esaminare i soggetti della procedura occorre distinguere parti necessarie e parti eventuali. Le prime sono la vittima, il reo ed il mediatore: senza la partecipazione di uno di questi soggetti non si potrà esperire efficacemente alcuna ipotesi di mediazione penale.

In realtà, tale semplice affermazione deve essere immediatamente riconsiderata in quanto, a ben vedere, la presenza delle tre parti appena citate non implica necessaria contestualità delle stesse; le parti per così dire necessarie, infatti, devono essere necessariamente tutte e tre coinvolte, ancorché, in realtà, ciò non significa che le stesse devono essere tutte e tre presenti contemporaneamente. In particolare, occorre distinguere la mediazione diretta dalla cosiddetta mediazione indiretta¹³². La prima consiste nell'incontro cosiddetto "faccia a faccia" tra la vittima e l'autore del reato coadiuvato dal mediatore. La seconda, invece, presuppone che la vittima ed il reo seguano il percorso di mediazione separatamente e singolarmente ciascuno con il mediatore, senza che tra loro si incontrino mai. Il contatto, appunto indiretto, può avvenire mediante lettere o mediante telefonate ovvero soltanto mediante l'intermediazione del mediatore.

Vi sono diverse ragioni per cui la mediazione indiretta può essere preferita¹³³. In alcuni casi è una delle parti a preferirlo, per ragioni di convenienza o per paura. Secondariamente, ciò può avvenire per ragioni di opportunità: il mediatore ha la possibilità di trattare un numero considerevole di casi se procede in modo indiretto piuttosto che dover

¹³¹ cfr. KILCHLING M., PARLATI L., *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un “diritto alla mediazione”?* Germania e Italia a confronto, in "Cassazione Penale" 2015, pag. 4188C, fasc. 11, p. 3

¹³² UMBREIT M. S., *The handbook of victim-offender mediation: an essential guide to practice and research*, Jossey Bass, 2000.

¹³³ VAN NESS D. W. *Victim Offender Mediation Programmes*, Presented at "La Justice Réparatrice et les Victimes Ecole Nationale de la Magistrature" 6—7 Mai 2004, pdf document, in <http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness18.pdf>.

necessariamente lavorare per predisporre le basi per un incontro "faccia a faccia". Ciò, tuttavia, se può essere positivo in termini di costi per la procedura e di risparmio di tempo per i mediatori, può non essere analogamente efficace in termini di risultati e di aspettative per le parti che potrebbero ricevere meno benefici da una mediazione indiretta¹³⁴. Uno studio in Inghilterra¹³⁵, ha dimostrato, infatti, che cresce il senso di paura di rivittimizzazione, nonché si percepisce un senso di minore equità, in caso di mediazione indiretta piuttosto che di incontri "faccia a faccia".

Alla procedura, poi, partecipano anche altri operatori il cui ruolo seppure apparentemente più marginale, è comunque determinante nella valutazione complessiva di tali pratiche. Ci si riferisce, in particolare, alla partecipazione dei magistrati, della polizia e delle agenzie.

Infine, non si può trascurare il ruolo delle parti eventuali che partecipano alla mediazione solo se si ricorre a quel tipo di mediazione per così dire "allargata" che non si svolge soltanto tra i soggetti sopra descritti ma che include anche familiari ed amici¹³⁶. Tali parti possono definirsi eventuali perché la loro partecipazione dipende dal tipo di procedura prescelta¹³⁷ e deve essere attentamente valutata e ponderata in quanto le persone diverse da quelle strettamente interessate sono colpite dal reato in modo differenziato dalla vittima e l'autore del reato e dunque possono influire diversamente sui

¹³⁴ Questo accade anche perché a seguito della mediazione indiretta, non si raggiunge alcun accordo o risultato specifico a differenza di quanto accade in quella diretta. Questo dato è significativo perché evidenzia i limiti di una procedura basata solo su questo tipo di pratiche.

¹³⁵ UMBREIT, M.S., VOS, B. e COATES, *Restorative justice dialogue: Evidence—Based Practice*, R.B. January 1, 2006, Center for restorative justice & peacemaking. An international resource center in support of restorative justice dialogue research, and training, pdf document, in http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/PDFs/RJ_Dialogue_Evidence—based_Practice_1—06.pdf.

¹³⁶ per un approfondimento cfr. GENTILE M., *Modalità di approccio alla giustizia riparativa in ambito internazionale: mediazione, “conferencing”, “circles”, restituzione*, in “Diritto di Famiglia e delle Persone”, 2008, fasc. 2, pp. 1017-1029.

¹³⁷ Mi riferisco ai community/family group conferencing, community/neighborhood/victim impact statements (VIS); community sentencing/peacemaking circles; victim community impact panel, victim empathy groups or classes o victim offender mediation. Per un approfondimento cfr. MANNOZZI G., *op. cit.* In realtà, anche nel corso della mediazione tradizionale possono partecipare, a seconda dei casi, familiari ed amici ed è per tale motivo che le si contraddistinguono come parti eventuali.

risultati della procedura¹³⁸. In particolare, infatti, seppur la loro partecipazione può essere in alcuni casi di supporto per le vittime, in altri casi può definirsi dannosa. Ciò accade quando trattasi di persone eccessivamente protettive, ovvero qualora queste abbiano sentimenti di eccessiva rabbia o quando incolpino la vittima del reato, o quando, infine, siano incapaci di parlare o sentire riferire del crimine¹³⁹.

4.1 La vittima

La vittima è il soggetto principale della procedura: la mediazione, infatti, è, prima di tutto, diretta alla tutela della vittima, ai suoi interessi e ai suoi bisogni.

Fondamentale è il rispetto della volontarietà della partecipazione attiva e consapevole della vittima. Occorre che il mediatore la contatti precedentemente e separatamente dal reo per verificare quale sia il suo stato d'animo e se sia disponibile a intraprendere una mediazione. Vengono indagate, inoltre, in questo primo contatto, le sue affezioni, le sue emozioni, i suoi sentimenti e quale sia lo stato del trauma. Infatti, la tipologia di reato subito influenza grandemente la gravità e la tipologia di affezioni che la vittima del reato subisce. Per esempio, un furto o un reato contro la persona incide pesantemente sul benessere sociale delle vittime che lo subiscono nonché sul senso di sicurezza fisica e psicologica.

«Non si può ignorare che chiunque sia rimasto vittima di tale tipologia di reato abbia poi in seguito dimostrato paura ad uscire o a rientrare in casa, magari dopo aver subito un furto in appartamento. L'essere vittima di un reato incide naturalmente sullo stile di vita del soggetto, comunque sulla sua attività *routinaria*, chiaramente con modalità differenziate legate sia alla tipologia del reato sia al danno subito. L'autore del reato spesso ignora tutto, cioè non conosce la sofferenza anche morale che la perdita di un bene materiale può

¹³⁸ cfr. UMBREIT M.S., LEWIS T., *Dialogue-Driven Victim Offender Mediation Training Manual. A Composite Collection of Training Resource Materials*, May 2015, Center for Restorative Justice & Peacemaking School of Social Work, University of Minnesota, pdf document in http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/resources/Program_Development/Victim-Offender-Mediation-Manual.pdf.

¹³⁹ cfr. *op. ult. cit.*

comunque comportare: fornirgli tale consapevolezza e consentire alla parte offesa del reato di esprimersi, come si verifica nella costruzione di un *setting* di mediazione, significa voler raggiungere obiettivi orientati sulla ricostruzione dei legami sociali e sulla riduzione del senso di insicurezza»¹⁴⁰.

Di seguito, un'analisi delle varie tipologie di affezioni che possono colpire le vittime a seconda del tipo di crimine subito.

Quando si tratti di reati commessi tra persone che si conoscono e che, per la relazione che le accumuna, sono destinate ad entrare in contatto anche in seguito, «*il reato rappresenta uno strappo non solo al patto sociale che avvince tutti i membri del consorzio umano, ma anche agli specifici vincoli che intercorrevano prima del fatto fra il reo e la vittima*»¹⁴¹. In questi casi la mediazione serve per ricostruire i legami esistenti, o comunque per far sì che i contatti futuri siano il meno dolorosi possibile per entrambe le parti e soprattutto per evitare che la vittima sia costretta a cambiare le proprie abitudini di vita per evitare i futuri contatti con il reo ed evitare così che abbia ripercussioni per il resto della vita.

Quando, invece, il reato determini un forte impatto emotivo, la mediazione è attenzionata alle emozioni delle vittime che provano «*sfiducia in se stessi, senso di profanazione della propria persona, "perdita del prima"*. Si punta ad attenuare questi stati d'animo tramite reciproci riconoscimenti con l'obiettivo di un riconsolidamento di sentimenti sociali positivi»¹⁴².

Nel caso di reati caratterizzati dall'afferenza ad un gruppo in cui la vittima non è colpita come singolo, ma, appunto, in quanto parte di un insieme di persone, la mediazione serve per evitare che la conflittualità tra le opposte appartenenze degeneri in sentimenti negativi rispetto al gruppo contrapposto al fine di tendere ad un reciproco riconoscimento¹⁴³.

Ancora, l'ulteriore tipologia di reati attiene a danneggiamento di beni appartenenti a enti o istituzioni. In questo caso la mediazione avviene tra il

¹⁴⁰ SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", n. 3-4, 2001, cit. pp. 141-142.

¹⁴¹ PILLA V., *La mediazione penale*, in "Minorigiustizia", 2008, fasc. 4, p. 94.

¹⁴² *ut supra* p. 95.

¹⁴³ *ut supra* p. 96.

reo e il rappresentante dell'ente e di regola comprende attività di riparazione di pubblica utilità.

In alcuni casi è proprio la vittima a chiedere di incontrare il reo, perché ha alcune domande da porgli. Un'indagine svolta dal '*British Crime Survey*' nel 1998 ha dimostrato il sorprendente alto livello di disponibilità da parte delle vittime ad incontrare il loro assalitore (il 41% degli intervistati¹⁴⁴ vorrebbe infatti accettarla come offerta)¹⁴⁵.

Le vittime dimostrano maggiormente la necessità di incontrare l'autore del reato quando conoscono il loro assalitore, o hanno avuto pregressi rapporti con lui/lei. Infatti, l'esito del reato è più gravoso e traumatico quando le parti si conoscono. Le domande che si pongono in questi casi sono più pressanti in quanto al reato si aggiunge la delusione per la fine di un rapporto. Vi può essere altresì un profondo trauma che potrebbe derivare dalla paura e dall'insicurezza che si sviluppa per il fatto di aver subito un reato per opera di una persona che si conosce e che fa sentire ancor più vulnerabili e in pericolo costante.

Gli studi effettuati dimostrano che, anche nel caso in cui non vi siano pregressi rapporti tra le parti, sono le vittime stesse a chiedere ai *Centri di Supporto delle Vittime*, laddove esistenti, di poter incontrare i loro assalitori in misura maggiore rispetto a quando l'invio del caso è effettuato direttamente da parte dei Magistrati¹⁴⁶. Ci preme sottolineare, a questo riguardo, che in altri Paesi, tra i quali in misura maggiore quelli di *Common Law*, vi sono veri e propri Centri che si occupano dell'assistenza alle vittime di reato. Inoltre, in Inghilterra, per esempio, è stato istituito uno specifico *Centro di Supporto Testimoni* che aiuta le persone offese dal reato a rendere la testimonianza in sede processuale, momento particolarmente delicato del processo che può provocare fenomeni di seconda

¹⁴⁴ GRAEF R., *Why Restorative Justice? Repairing the Harm caused by crime*, Calouste Gulbenkian Foundation, London, 2001.

¹⁴⁵ Questo dato varia in relazione al tipo di reato e al luogo in cui l'indagine è stata effettuata e quindi non va preso come valore assoluto ma piuttosto come valore esemplificativo e di massima del gradiente di gradimento rispetto alla procedura.

¹⁴⁶ GRAEF R., *Why Restorative Justice? Repairing the Harm caused by crime*, Calouste Gulbenkian Foundation, London, 2001.

vittimizzazione. Nel nostro Ordinamento, invece, esiste solo qualche specifico centro istituito grazie ad iniziative private. Per esempio, è stato proprio grazie alle attività intraprese dai parenti delle vittime decedute a seguito di incidenti stradali che si è avuta l'istituzione di qualche centro di supporto al fine di offrire ai parenti delle vittime suddette un parziale aiuto e sostegno nelle difficoltà che costoro incontrano a seguito dell'evento traumatico. Se anche nel nostro paese si avesse l'implementazione di analoghe strutture, si riuscirebbe a porre almeno un primo e fondamentale tassello nella direzione della tutela delle vittime di reato. Ne potrebbe altresì conseguire l'implementazione delle pratiche di mediazione poiché questi Centri, che seguono le vittime in tutto il percorso successivo al reato, hanno un maggiore grado di consapevolezza sui loro bisogni specifici. In questo modo, lo *staff* di tali Centri potrebbe fornire quel supporto necessario allo svolgimento di pratiche ristorative in quanto disporrebbe delle conoscenze opportune per aiutare le vittime stesse nel superare il trauma e tutte le affezioni che sono connesse al reato, se ovviamente presenti. L'esistenza di tali Centri rappresenta, in sintesi, un valore aggiunto molto importante per lo svolgimento di pratiche ristorative più consapevoli poiché potrebbe appunto fornire il personale necessario sia durante lo svolgimento delle procedura mediatrice, sia durante il momento processuale vero e proprio, al fine di ottenere risultati più favorevoli in termini di sostegno e di aiuto alle vittime, oltretutto per ottenere una loro collaborazione più utile e consapevole.

La mediazione, tra l'altro, è in grado di agire significativamente nella riduzione degli *stress* post traumatici che le vittime subiscono a causa del reato¹⁴⁷. Tra questi, si ricordi la sindrome "di persecuzione" che consiste nella frequente convinzione da parte delle vittime di credere di essere state scelte volontariamente e soprattutto consapevolmente dal reo. Tale sindrome ricorre poiché le vittime di reato si immaginano vivamente ed in modo quasi ossessivo che il reo le abbia seguite, studiate e mirate proprio

¹⁴⁷ SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007.

per sfruttarne le proprie debolezze o difficoltà. In realtà, nella maggior parte dei casi i rei scelgono casualmente le loro vittime. Altre volte vi sono fattori contingenti che spingono a scegliere quella determinata vittima. Tra questi elementi ve ne sono alcuni che ricorrono di frequente, ad esempio: la scelta della casa da derubare, la valutazione dello stato dell'abitazione, il luogo in cui questa è ubicata, la presenza o meno di inquilini. Compito dei mediatori e della mediazione è di rendere noti alla vittima questi elementi separando tali aspetti – che sono molto importanti per attirare l'attenzione del reo –, da quelli personalistici che invece vengono riconosciuti in prima istanza dalla vittima stessa¹⁴⁸.

Per comprendere compiutamente i risultati che si possono raggiungere con la mediazione a favore delle vittime, vorremmo citare il caso di Claire. La ragazza, di 38 anni, aveva subito un furto nella sua abitazione nel cuore della notte mentre si trovava in casa da sola con il suo bambino di 8 anni. Il ladro Sean l'aveva terrorizzata quando era entrato nell'appartamento per derubarla e, da quel momento, il suo bimbo Max aveva aiuto incubi tutte le notti e non riusciva più a dormire. Claire era ulteriormente spaventata dall'idea di essere nuovamente aggredita e derubata, una volta che Sean fosse uscito di prigione. Dopo la mediazione, durante la quale Sean si scusò e assicurò alla donna che non sarebbe mai più rientrato nella sua casa, Claire ritrovò nuovamente la pace e la serenità e anche il suo bimbo ritornò a dormire¹⁴⁹.

Questo caso è estremamente emblematico nel dimostrare la funzionalità della mediazione nel ridurre gli stress post-traumatici e nel permettere alle parti di superare le paure che talvolta sono solo il frutto del trauma stesso e non hanno significativa ragion d'essere.

¹⁴⁸ In particolare possiamo citare un caso in cui la vittima aveva appena perso il marito ed era ancora molto scossa dall'accaduto. Poco dopo era stata derubata e si era convinta fermamente che il ladro lo sapesse e che l'avesse proprio scelta perché lei era in quella condizione di debolezza (HUDSON B., *Victims and offenders*, in Von Hirsh, Andrew, *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms*, pp. 177—194, Hart Publishing, 2003).

¹⁴⁹ GRAEF R., *Why Restorative Justice? Repairing the Harm caused by crime*, Calouste Gulbenkian Foundation, London, 2001 .

4.2. *Il Reo*

Il reo è l'altro attore indispensabile della mediazione. Senza il reo, infatti, la pratica non può essere esperita e non ha alcuna ragion d'essere.

L'offensore non solo deve acconsentire, ma, anzi, deve assolutamente desiderare di incontrare la vittima. Questo a prescindere dalla propria volontà di scusarsi che può rimanere, invece, una mera eventualità.

Quando la mediazione è richiesta dalla vittima stessa, il reo si limiterà a prestare il proprio assenso. In questi casi, poiché la proposta non è scaturita direttamente dall'offensore, sarà imprescindibile che i mediatori verifichino concretamente e attentamente che il reo abbia un reale interesse ed impulso a partecipare agli incontri, al fine di evitare che la vittima subisca seconde vittimizzazioni che potrebbero essere causate da un'adesione forzata e non sentita.

Alcuni autori obiettano che la necessità del prerequisito dell'ammissione di colpevolezza sia problematica e discriminatoria dato che, in assenza del suddetto requisito, è inibito *tout court* lo svolgimento della procedura. A tal riguardo, concordiamo con chi ritiene che tale problema possa comunque essere facilmente superato proprio dal fatto che l'ammissione di colpevolezza ed il conseguente procedimento mediatorio, producono un tale vantaggio per il reo che difficilmente quest'ultimo rifiuterà¹⁵⁰. Infatti, da una semplice accettazione, ne consegue la partecipazione ad una procedura che crea tanti e tali benefici per il reo che difficilmente si può pensare che quest'ultimo rifiuterà drasticamente la sua presenza. A meno che, ovviamente, non vi sia un pregresso rapporto tra le parti che potrebbe complicare la situazione ed influire sull'assenso alla procedura¹⁵¹. Con

¹⁵⁰ SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007.

¹⁵¹ Come vedremo in seguito nel capitolo *case studies*, infatti, quando vi sono pregressi rapporti tra le parti, se è vero che la mediazione può essere favorita, può anche essere più difficilmente accolta da entrambe le parti laddove vi siano risentimenti e reciproche implicazioni nella dinamica che ha portato al fatto di reato. In queste ipotesi è evidente che

questa affermazione non si vuole dire che il reo accetterà o dovrà accettare comunque di aderire alla mediazione senza provare i sentimenti di pentimento e le emozioni richieste per il buon esito della pratica al solo fine di trovare un qualche *escamotage* per ottenere una condanna meno severa. Si vuole semplicemente affermare che, vista l'alternativa processo ordinario-rito alternativo, si può facilmente ipotizzare un improbabile aprioristico rifiuto da parte del reo solo per voler mantenere un atteggiamento di ostinata coerenza che vada anche oltre ad ogni forma di ragione logica.

Tutti i sistemi processuali presentano una certa pretestuosità al loro interno; infatti, le parti utilizzano spesso gli strumenti processuali e sostanziali al fine di ottenere qualche vantaggio personale. Tale è la realtà e, ancorché deludente, dimostra, la presenza, in qualsiasi ramo del diritto, di soluzioni più convenienti e favorevoli alla parte che in quel momento sta agendo ed anzi ci si stupirebbe del contrario. Ovviamente si spera che sia sempre il reo a chiedere di incontrare la vittima volontariamente e spontaneamente, ma, nel caso contrario o nel caso in cui fossero i mediatori stessi a proporre una mediazione, si può affermare che il problema del consenso del reo possa essere considerato una questione effimera poiché difficilmente, come visto, si porrà l'interrogativo nella realtà concreta.

In conclusione si può ipotizzare quindi che siano raggiunte le precondizioni per un tentativo di mediazione solo nel momento in cui comunque il reo acconsente.

La mediazione può essere vista come una «*comunità di cura*»¹⁵² sia per la vittima che per l'autore del reato; è un momento, quindi, che, aiutando entrambi, può essere utilizzato per realizzare e ottenere qualcosa di vantaggioso per tutte le parti.

i mediatori devono fare un lavoro molto più accorto sulle parti e devono altresì verificare con molta attenzione la volontaria partecipazione agli incontri da parte di entrambe.

¹⁵² MORRIS and MAXWELL in HUDSON B., *Victims and offenders*, in Von Hirsh, Andrew, *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms*, pp. 177—194, Hart Publishing, 2003.

Gli effetti positivi di tipo psicologico sul reo concernono soprattutto il percorso interiore che costui effettua durante la mediazione che, generalmente, porta ad un suo concreto cambiamento al termine della pratica. Dopo il cammino, solitamente, il reo prova rimorso e si vergogna delle azioni compiute. Grazie a questo nuovo stato d'animo che prova, l'offensore si impegna a rispettare l'accordo concordato con la vittima durante l'incontro in modo completo e spontaneo. In questo settore gli studi hanno dimostrato che i programmi di riabilitazione sono più efficaci se sono percepiti dall'offensore come percorsi necessari per risolvere i suoi problemi personali e vengono, di conseguenza, assunti volontariamente¹⁵³. Questi studi potrebbero avere delle implicazioni considerevoli nel nostro Ordinamento poiché potrebbero rappresentare il motore propulsore per riformare gli istituti che attualmente prevedono percorsi di recupero e programmi di riabilitazione per il reo al fine di modificarli in impegni assunti volontariamente dal reo a seguito della mediazione e che, per ciò stesso, diventerebbero maggiormente effettivi ed efficaci. Gli istituti specifici volti a tutelare i tossicodipendenti e aiutarli nella disintossicazione rappresentano un esempio significativo di tali implicazioni¹⁵⁴. In queste ipotesi, infatti, la sanzione viene arricchita con la predisposizione di programmi di riabilitazione tramite i quali raggiungere la rieducazione del reo, stante il fatto che proprio la causa del reato, nella maggior parte di questi casi, è proprio dovuta allo stato di tossicodipendenza. Eliminando il problema alla radice, si tenta di agire sulla recidiva e sulla causa del crimine¹⁵⁵. Con la mediazione il reo sarebbe maggiormente motivato e consapevole del suo percorso di recupero, poiché sceglierebbe, volontariamente e con piena coscienza, di partecipare alla conferenza e, alla fine di questa, ne sottoscriverebbe, ancora una volta volontariamente, i

¹⁵³ HUDSON, op. cit.

¹⁵⁴ In particolare, trattasi degli istituti dell'affidamento in prova speciale e della sospensione dell'esecuzione della pena disciplinati dagli articoli 90 e 94 D.P.R. 309 del 1990. Per un approfondimento della tematica vedi PAVARINI, GUAZZALOCA 2004 e 2007.

¹⁵⁵ HUDSON op. cit.

risultati specifici. Se l'accordo conclusivo delle pratiche, poi, avesse ad oggetto un programma rieducativo di recupero e di disintossicazione dalla droga, ad esempio, sarebbe più probabile che, proprio perché scelto coscientemente, accettato e condiviso dal reo, risultasse ancora più efficace. La mediazione, tra l'altro, esplica altresì l'ulteriore effetto di favorire il reinserimento sociale del reo. Infatti, *«l'ipotesi che il biasimo possa produrre su chi lo subisce anche un effetto di reintegrazione e non solo di stigmatizzazione sembra più che mai appropriata, soprattutto in una società moderna e complessa dove risulta necessario sviluppare altre forme di controllo sociale non esclusivamente formali, com'era proprio di società nel passato improntate ad un principio più rigido di autorità»*¹⁵⁶.

Alcuni studiosi¹⁵⁷ sono contrari all'accoglimento della mediazione perché secondo loro questa procedura porterebbe ad alcuni problemi di discriminazione. In particolare, gli stessi sottolineano che nei fatti vi sia una sperequazione tra rei quando l'accordo conclusivo della conferenza abbia ad oggetto il risarcimento dei danni alla vittima. Esistono infatti offensori che possono pagare immediatamente la vittima in quanto possiedono la disponibilità economica necessaria per ristorarla e per concludere facilmente e velocemente la procedura.

Altri, invece, non versando nelle medesime condizioni finanziarie, sono costretti ad adempiere il loro debito lavorando gratuitamente o a favore della vittima stessa o a favore della comunità, per l'equivalente del danno monetario.

Secondo questi studiosi¹⁵⁸ la situazione appena descritta sarebbe altamente discriminatoria ed iniqua e per ciò stesso si dovrebbe evitare, propendendo quindi per l'eliminazione *tout court* delle pratiche mediatricie. Questa

¹⁵⁶ SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", n. 3-4, 2001, cit. p. 141.

¹⁵⁷ ASHWORTH A., *Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State*, in "Oxford Journal of Legal Studies", Oxford University Press, vol. 6, numero 1, 1986, pp. 86-122.

¹⁵⁸ Tra tutti cfr. ASHWORTH A., *Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State*, cit.

affermazione si presenta errata sia nella forma che nella sostanza. Il contenuto dell'accordo non ha quasi mai una valenza meramente materiale poiché le vittime preferiscono quasi sempre un impegno del reo in qualcosa di diverso ad una semplice compensazione economica priva di valore morale¹⁵⁹. A nostra opinione le critiche citate sopra, ribaltano la prospettiva in cui ci si muove quando si tratta di mediazione. Occorre sempre tenere a mente, infatti, che, a differenza di quando viene emessa la sanzione conclusiva del giudizio ordinario, gli accordi conclusivi raggiunti a seguito delle conferenze rappresentano l'esito di un percorso volontariamente assunto da entrambe le parti, non una procedura imposta come obbligatoria. Per queste ragioni si può facilmente affermare che il reo dovrebbe essere contento di svolgere alcune attività che gli permettano di alleviare le sofferenze della vittima e di diminuire il suo rimorso per l'azione commessa. L'obiezione sopra citata, di conseguenza, non ha piena ragione d'essere. Se queste attività fossero viste come un peso, non si vede quale sarebbe l'opportunità di esperire la mediazione fin dal principio.

Nei vari incontri, inoltre, le parti si scambiano reciprocamente informazioni personali che possono anche condizionare grandemente la vittima nella proposta di accordo conclusivo. Infatti, il vissuto delle parti e le loro esperienze pregresse permettono di capire molti aspetti anche legati al reato che prima non si conoscevano e possono essere utili per superare il trauma. Questi dati, inoltre, possono rivelare alle vittime che il reo è stato a sua volta vittima nel passato, o che ha gravi problemi che lo hanno spinto nel reato. La conoscenza di queste difficoltà può aiutare la vittima stessa a comprendere più facilmente l'offesa e a superarla con minori difficoltà. Per questi motivi è più probabile che venga scelta una riparazione simbolica in luogo di una meramente materiale. Inoltre, a ben vedere, anche nella

¹⁵⁹ Nell'eventualità, anche se rara, in cui la vittima chiedesse un risarcimento monetario, questo difficilmente potrà essere adempiuto da una persona povera. In queste ipotesi, il reo si troverà a svolgere un'attività lavorativa a titolo gratuito a favore della comunità o della vittima. Questo impegno, tuttavia, non rappresenterà per lui un onere gravoso ma piuttosto sarà visto come uno strumento che gli permetterà di fare qualcosa di utile e positivo a favore della vittima espiando anche moralmente la sua colpa.

giustizia ordinaria sussiste astrattamente il problema della discriminazione tra rei che possono permettersi di pagare il risarcimento economico alla vittima e quelli che invece non hanno tale disponibilità. In questo ambito il problema viene risolto o a disprezzo delle vittime, vincolando l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria alle condizioni economiche del reo, cosicché sono le vittime stesse ad essere discriminate tra chi ha subito il reato da un reo benestante o indigente; oppure, a danno dei rei, le cui multe si convertono in altre sanzioni maggiormente invasive. Questo è un problema presente in tutti gli ambiti processuali e deve necessariamente essere affrontato. A nostra opinione nella giustizia ristorativa, le soluzioni adottate sono ancora più rispettose ed utili che nell'ambito del processo ordinario poiché quantomeno cercano di collegare il risarcimento alla volontà delle parti e al loro desiderio di aiuto reciproco.

Un'ulteriore obiezione che viene sollevata concerne il fatto che la mediazione, e di conseguenza l'accordo conclusivo della stessa, ignorano l'elemento soggettivo del reato, laddove, ad esempio, si punisce allo stesso modo un omicidio colposo e uno volontario¹⁶⁰. È difficile rispondere a questa critica, poiché effettivamente nella mediazione non vi è differenza di trattamento tra le varie ipotesi di reato a seconda del grado di coinvolgimento del reo. Tuttavia, se si ragiona attentamente, si può facilmente notare che, alla fine del percorso di mediazione, non è prevista l'irrogazione di una sanzione nel significato comune del termine, ma piuttosto viene concordata "un'obbligazione" conclusiva frutto di un accordo, da considerarsi come una sorta di punizione piuttosto che di pena. L'intesa conclusiva, infatti, consiste in un'attività che l'offensore si impegna a svolgere e può aiutare le parti a superare il trauma derivato dal reato. In un sistema così congegnato, non conta il passato, ma conta il presente e il futuro e, dunque, non riveste alcuna finalità la disamina sull'elemento soggettivo del reato. È, invece, importante che il reo si pente e che voglia migliorare nel suo comportamento futuro; conta che egli si

¹⁶⁰ ASHWORTH, op. cit.

vergogni e che voglia aiutare la vittima a superare il trauma; conta che le parti siano saldamente ancorate nella realtà attuale per guardare all'avvenire in modo diverso.

Il caso di Robert è significativo al riguardo. Aveva quindici anni quando appiccò un incendio nella biblioteca della sua scuola. Robert si recò spontaneamente alla polizia per confessare, nonostante su di lui non fosse ricaduto alcun sospetto. In quella circostanza spiegò che si era costituito perché non sopportava ulteriormente il peso delle proprie azioni e chiarì di aver compiuto quel gesto perché voleva evitare il compito in classe che si sarebbe svolto proprio in quell'aula oggetto del "misfatto". Robert, successivamente, chiese di incontrare gli insegnanti della scuola per spiegare il perché della sua azione. Fu indetta la conferenza di mediazione alla quale parteciparono anche i suoi genitori, che raccontarono di essere molto delusi dal suo comportamento. Robert alla fine dell'incontro si scusò per quanto fatto e disse ai suoi genitori di essere veramente rammaricato di averli delusi e di voler fare qualcosa per rimediare al suo gesto. Dopo la seduta, il capo degli insegnanti lo accompagnò a fare un giro nella scuola per mostrargli come era stata ricostruita la biblioteca.

4.3. Il mediatore

Il mediatore è il fulcro della procedura: egli aiuta le parti in questo percorso ed è un accompagnatore indispensabile in quanto permette di raggiungere il livello di comunicazione necessario per espletare la mediazione grazie al lavoro che compie su ciascuna di esse.

«Il mediatore non deve mettere in mostra se stesso, la sua abilità o il suo potere: il mediatore non ha e non deve avere potere alcuno. Piuttosto sarà un facilitatore della comunicazione, che stimola e agevola, ritirandosi quanto più e quanto prima possibile nell'ombra per lasciare il massimo

spazio e un'assoluta plenipotenziabilità alle parti, ai loro desideri, alle loro idee per una soluzione costruttiva»¹⁶¹.

Occorre altresì sottolineare che

«sussiste una sostanziale differenza tra riparazione e mediazione: differenza individuabile non rispetto agli obiettivi, la riduzione della conflittualità tra le parti ed il reinserimento sociale del reo, quanto piuttosto nel tipo di attività intrapresa e nel ruolo che il mediatore assume. L'attività di riparazione può senza alcuna difficoltà essere condotta dagli operatori dell'amministrazione della giustizia e del territorio, ma la mediazione, negli aspetti che prevedono un'attività volta a facilitare la comunicazione tra persone, la manifestazione di vissuti personali e la costruzione di una relazione, va decisamente affidata ad un operatore che non solo si qualifichi come esperto, ma che sia completamente libero da qualsiasi tipo di intervento sostanzialmente orientato verso il minore autore di reato»¹⁶².

Il mediatore non è un giudice e di conseguenza non giudica, non esprime opinioni, non si forma un'opinione preconcepita, ma aiuta le parti a capirsi e, per far ciò, fornisce quegli *input* necessari per sbloccare le situazioni e per far sì che i soggetti parlino di sé. Al momento giusto, il mediatore deve sapersi ritirare e ascoltare così da lasciare solo alle parti il diritto di parlare¹⁶³. Va da sé che il mediatore non ha alcun potere nel senso che non risolve la disputa ma sfrutta semplicemente le sue capacità di ascolto, rimanendo neutrale, al fine di aiutare le parti a catalizzare le loro emozioni in un modo nuovo, diverso, che permetta di *«riconoscere l'altro come qualcosa di diverso, ma non più un nemico»¹⁶⁴*. Per Lanzarota¹⁶⁵, *«il mediatore deve sviluppare le sue capacità negoziali di rendersi vulnerabile al dubbio e di restare impassibile di fronte alla perdita di senso di non*

¹⁶¹ CASTELLI, op.cit., p. 76.

¹⁶² SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", n. 3—4, 2001, p. 130.

¹⁶³ *«Il mediatore è come un tiratore d'arco che per toccare il bersaglio deve smettere di voler colpire ma deve fare un lavoro su se stesso di attenzione e concentrazione. Il tiratore è concentrato profondamente ed è presente quando tira e la freccia parte senza che egli abbia guardato il bersaglio. L'intervento diretto del mediatore è come la freccia, perché se passa per il mentale non sarà più possibile toccare nulla. Spetta solo al soggetto utilizzare come meglio crede la freccia che è arrivata»* (F. BRUNELLI, *La tecnica di mediazione*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, p. 273 ss.).

¹⁶⁴ CERETTI A., in SCARDACCIONE G., BALDRY A., SCALI M., *La mediazione penale, ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Giuffrè, 1998, p. 132.

¹⁶⁵ ut supra cit. p. 153

volere a tutti i costi pervenire a fatti e motivi certi». Pisapia e Castelli¹⁶⁶ sostengono che *«il mediatore per il semplice fatto che è dotato di un sapere, di una tecnica, di ricoprire un ruolo, di porsi come terzo rispetto alle parti ed al conflitto, di avere la pretesa di certi rapporti sociali diseguali, subisce una nuova strutturazione e diventa un soggetto dotato di potere».*

Per comprendere compiutamente l'importanza del ruolo del facilitatore occorre altresì fare riferimento alle indicazioni provenienti in ambito europeo. La Raccomandazione (99) numero 19 del Consiglio europeo già in parte analizzata sopra, si sofferma sull'opportunità che il mediatore sia terzo, neutrale e imparziale. *«Se il carattere di imparzialità che connota la figura del mediatore mira a garantire l'assenza di predilezione per la posizione assunta da una delle parti, qualche perplessità desta l'altro requisito, ossia la terzietà, innanzitutto perché non risulta chiaro se, con tale espressione, debba intendersi l'estraneità del mediatore rispetto al procedimento giudiziario all'interno del quale si innesta l'attività di mediazione o l'estraneità rispetto alle istituzioni, soprattutto se addette al controllo sociale o giudiziario; inoltre la predetta alternativa invece, più direttamente, il problema, tuttora irrisolto, se, nel campo della mediazione penale, il mediatore debba essere un operatore della giustizia o piuttosto un soggetto estraneo all'ambito giudiziario»*¹⁶⁷.

Il documento internazionale sopra citato invita a raggruppare i mediatori in uffici pubblici che offrano prestazioni gratuite. Queste prescrizioni sono fondamentali sotto due profili: uno relativo al principio di eguaglianza, il secondo funzionale ad evitare che, mediante il ricorso a finanziatori privati, possano verificarsi sperequazioni.

Il primo fattore è imprescindibile in quanto permette di evitare problemi di discriminazione che si verrebbero a creare nel caso in cui la persona si trovasse a pagare i mediatori. Infatti, diversamente si creerebbero

¹⁶⁶ PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, 2000.

¹⁶⁷ PATANE' V., in MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2012, p. 24.

ingiustificate differenziazioni tra quanti non dispongano dei mezzi sufficienti per pagare l'onorario dei mediatori e quanti invece, avendo adeguati redditi, possano favorire di queste possibilità. Per adempiere a questo precetto, il primo obiettivo dovrebbe essere quello di creare una struttura stabilmente inserita nel territorio, in modo da avere una diffusione uniforme in tutto il Paese, e che sia finanziata con denaro pubblico, non proveniente dallo Stato centrale, ma piuttosto dalle Regioni¹⁶⁸.

Per quando concerne il secondo profilo, invece, la forma giuridica pubblica permetterebbe anche di garantire un migliore controllo nelle procedure di scelta del personale e di funzionamento degli uffici stessi. Si potrebbero anche garantire corsi di formazione periodici gestiti da un'Autorità centrale garante che funga da Authority¹⁶⁹, adempiendo ulteriormente alle prescrizioni della Raccomandazione suddetta. Tale Authority avrebbe il compito del controllo, della valutazione dei risultati e dovrebbe essere composta da esperti delle discipline sociali, criminologiche e delle politiche criminali¹⁷⁰. La forma giuridica da prescegliere potrebbe essere quella degli enti territoriali oppure gli Uffici di mediazione potrebbero essere inclusi tra le varie agenzie pubbliche al fine di lasciarli separati e distinti dall'ordine giudiziario e preservarne la giusta autonomia. La forma pubblicistica permetterebbe, in un Ordinamento come il nostro, di lasciare in essere quel

¹⁶⁸ In questo modo si potrebbero sfruttare i benefici che derivano dall'attuazione del principio di sussidiarietà ex art 118 della Costituzione, secondo il quale occorre lasciare agire l'ente che sia funzionalmente più vicino al cittadino e che, allo stesso tempo, raggiunga in maniera più efficace gli obiettivi che di volta in volta si perseguono.

Se si lasciasse alla competenza delle Regioni il finanziamento e la gestione degli Uffici di Mediazione, si raggiungerebbe l'esito positivo di una differenziazione delle scelte e delle modalità di azione in modo calibrato e compatibile con le necessità ed esigenze di quello specifico territorio, anche determinate sulla base delle diverse tipologie di reati che vengono in essere più frequentemente in quella Regione e che possono necessitare di un'azione diversa rispetto a quella di un altro luogo. Se si seguisse questa impostazione sarebbe necessario, tuttavia, assicurare l'istituzione di un'Authority a livello statale, centralizzata dunque, al fine di verificare l'uniforme livello di prestazioni in tutto il territorio e di evitare che possano verificarsi delle sperequazioni tra Regioni, dovute ad una diversa ricchezza o diversa disponibilità di risorse. Nel caso in cui si riscontrasse una carenza, per scarsa disponibilità di risorse e/o di mezzi, interverrebbe il finanziamento statale mediante la corresponsione di un fondo di perequazione al fine di garantire a tutti i cittadini eguali possibilità e prestazioni rispetto a quest'istituto.

¹⁶⁹ Vedi nota precedente.

¹⁷⁰ CERETTI A., MAZZUCCATO C., *Giustizia Riparativa e Mediazione tra Consiglio d'Europa e Onu*, in "Diritto Penale e Processo", 2001, fasc. 6, pp. 772 e ss.

garantismo ed imparzialità che non ha eguali nell'ambito privatistico, al fine di evitare qualsiasi tipo di speculazione o introito che ne potrebbe derivare se si lasciassero questi uffici ascritti alla logica dello *ius privatorum*.

Per Ceretti¹⁷¹ sarebbe opportuno che gli Uffici di Mediazione fossero dislocati fuori dal Tribunale al fine di evitare qualsiasi tipo di mescolanza, nonché rischio di condizionamento, tra i due organi che sono preposti allo svolgimento di due istituti con finalità completamente diverse. Concordiamo con tale posizione, ancorché riteniamo opportuno effettuare una specificazione. Se si ipotizzassero delle strutture esterne agli Uffici giudiziari che debbano rimanere tali ad ogni costo senza le dovute cautele, vi sarebbe il rischio enorme di una separazione forzata anche laddove, diversamente, sarebbe piuttosto opportuno creare una collaborazione. È necessario sottolineare, quindi, che vi dovrebbe essere una collocazione esterna alle aule di giustizia — ubicazione funzionale anche ad evitare che le parti coinvolte nella mediazione continuino a sentirsi sotto accusa o meglio sotto giudizio — e nel contempo, tuttavia, occorrerebbe creare una collaborazione stabile tra queste agenzie, per permettere lo scambio di informazioni, di conoscenze e di abilità necessarie per l'esito più efficace della procedura complessivamente considerata. Inoltre, qualunque sia la collocazione degli Uffici di Mediazione, a nostra opinione, ciò non dovrebbe incidere sulla scelta del luogo in cui dovrebbe svolgersi l'incontro. Si dovrebbe cercare il più possibile di lasciare il mediatore libero di valutare quale sia l'ubicazione più opportuna in cui trattare gli incontri in relazione al caso specifico. Talvolta, potrebbe essere l'ufficio del mediatore, altre volte sarà preferibile tornare sulla scena del delitto, altre ancora svolgere la conferenza in prigione e così via. Il luogo, infatti, riveste un'importanza assolutamente fondamentale e incide grandemente sulla buona riuscita della pratica; dovrà, dunque, essere riservata particolare

¹⁷¹ *ut supra*.

cautela nella valutazione di quello che appaia il più opportuno per il raggiungimento di un felice epilogo dell'incontro.

Per quanto concerne la scelta dei mediatori, è necessario che gli stessi provengano dalle più disparate aree del sapere sociale in modo da completarsi vicendevolmente e fornire ai colleghi le manchevolezze che questi possiedono. Al riguardo è discusso se debba sussistere un'unica tipologia di mediatori o più mediatori a seconda della branca in cui essi operano¹⁷². Il problema si è posto in quanto in alcuni contesti italiani si assiste ad una interrelazione tra le varie tipologie di mediazione (penale, sociale e familiare) e dunque occorre domandarsi se sia opportuno procedere con una formazione unica o plurima: *«accettare l'ipotesi che propone una figura professionale unica significa aderire ad un presupposto concettuale che considera come elemento unificante della mediazione il conflitto piuttosto che il contesto all'interno del quale esso si provoca»*¹⁷³. Il mediatore unico andrebbe ad operare più sulla relazione e sulla comunicazione tra le parti, mentre, invece, la previsione di più tipi di mediatori formati a seconda delle aree di pertinenza specifica opererebbe più sul contesto che ha dato origine al conflitto¹⁷⁴.

Alle procedure, dovrebbero essere assegnati un numero di mediatori tra i due e i tre al fine di garantirne la necessaria imparzialità¹⁷⁵. Infatti, seppure tale figura professionale deve operare nel modo che sia il più possibile equa e, soprattutto, senza alcuna preferenza, preconconcetto o idea, è ben possibile che talvolta non vi sia la lucidità e l'obiettività necessaria: la presenza di un

¹⁷² SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", n. 3-4, 2001, pp. 129 e ss.

¹⁷³ SCARDACCIONE G., *op. cit.*, p. 135

¹⁷⁴ SCARDACCIONE G., *op. cit.*

¹⁷⁵ A ben vedere, alcuni autori (cfr. ad esempio MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?* In "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss) ritengono che uno degli ostacoli allo sviluppo della mediazione nel nostro Ordinamento, a differenza di quanto accade negli altri Paesi europei, sia la scelta di prevedere necessariamente un numero di mediatori superiore a uno per l'espletamento degli incontri. A nostro avviso, tale scelta seppur di ostacolo ad un più celere espletamento delle procedure, cui deve aggiungersi un maggior dispendio di costi, è comunque da preferire quantomeno nei casi più complessi per i motivi analizzati nel testo.

numero di mediatori che sia superiore a uno, ma inferiore a quattro, permetterebbe un aiuto reciproco tra i colleghi, nel caso in cui si verificasse inavvertitamente tale situazione di parzialità. Sarebbe tuttavia necessario un numero massimo di tre mediatori per evitare di sovraccaricare troppo la procedura. Diversamente, vi sarebbe il rischio che le parti confondano il gruppo di mediatori ad una sorta di collegio giudicante con i rischi ad esso connessi in relazione alla buona riuscita della pratica. Inoltre, i mediatori devono raggiungere un'empatia particolare con le parti; troppe persone rischierebbero di lasciare la fiducia ad un piano meramente formale piuttosto che creare un vero e proprio legame, come quelli di guida spirituale, che dovrebbe diversamente crearsi.

4.4. Le altre parti sullo sfondo: la polizia

La polizia, nei paesi di *Common Law*, svolge un ruolo fondamentale, in quanto, a differenza di quanto avviene nel nostro Ordinamento, possiede un ampio potere di scelta circa le modalità di persecuzione dei reati¹⁷⁶. Tra queste possibilità rientra anche la mediazione. In particolare, infatti, la polizia indice le conferenze di *restorative justice* quando commina una *Caution*, ossia una multa, per quanto riguarda gli adulti, il *reprimand* (rimprovero) o il *Final Warning* (ultimo avvertimento) per i minori.

Pare opportuno un approfondimento sulle modalità di azione di tale organo in Inghilterra al fine di indagare l'opportunità di implementare le possibilità da riservare alla Polizia anche nel nostro ordinamento¹⁷⁷.

Anzitutto, i poliziotti contattano il reo per proporgli di esperire la mediazione e per verificare la sua disponibilità a riguardo. In questa prima fase procedono senza avvertire la vittima per evitare che quest'ultima dia

¹⁷⁶ In Inghilterra, come noto, l'azione penale è facoltativa e sottoposta ad un vaglio di opportunità in relazione al rispetto del preminente interesse pubblico che deve essere anzitutto salvaguardato. Un primo vaglio in tal senso è effettuato dalla Polizia che quando viene notiziata del reato deve decidere se inviarlo al Pubblico Ministero, per un'ulteriore valutazione, o concludere il procedimento con i provvedimenti indicati.

¹⁷⁷ SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007.

una risposta affermativa senza essere certi che l'offensore sia desideroso di incontrarla al fine di evitare i rischi di seconde vittimizzazione che si verrebbero a creare allorché la vittima volesse partecipare alle mediazione mentre il reo rifiutasse l'incontro.

Laddove, poi, il reo abbia acconsentito a partecipare alla procedura, la polizia contatta la vittima in modo indiretto, ossia mediante una telefonata o con una lettera, per verificare la sua disponibilità ad incontrare il reo. Sono rare le ipotesi in cui la vittima viene contattata di persona dal mediatore nonostante gli studi effettuati in questo campo dimostrino che l'incontro sia maggiormente proficuo ed utile quando vi è un tale incontro precedente¹⁷⁸.

Una volta ottenuto il consenso di entrambe le parti e preparato l'incontro, viene indetta la seduta di mediazione vera e propria durante la quale vi sarà una discussione tra le parti che si protrarrà per circa tre ore. Durante questo lasso temporale, la prima ora è molto emozionale perché le parti sono molto arrabbiate e solitamente la vittima si infuria contro l'offensore, insultandolo ed aggredendolo verbalmente.

Nella seconda ora, invece, la scena è predominata dal rimorso, dal dispiacere e dalla volontà di dimenticare.

L'ultima ora, infine, è dedicata a cercare di raggiungere l'accordo conclusivo contenente le azioni/attività che l'offensore dovrà svolgere. Questo accordo ha un duplice contenuto. Dapprima ha un significato emozionale per le parti che sono presenti perché è il frutto dei loro sentimenti e delle loro sensazioni. Secondariamente, ne ha anche uno simbolico che si esplica a favore delle parti che non hanno partecipato direttamente alla procedura ma che riescono a superare ugualmente il trauma e a tranquillizzarsi perché sono consapevoli dei risultati raggiunti¹⁷⁹.

¹⁷⁸ *ut supra*.

¹⁷⁹ Questa situazione è particolarmente evidente, per esempio, nei reati commessi a danno di più vittime di cui solo una, tuttavia, è direttamente coinvolta. Per esempio, quando viene effettuata una rapina in un centro commerciale o in un negozio, la vittima diretta è il titolare dell'esercizio commerciale che ha subito il furto ed è sempre costui l'unico a partecipare alle sedute ristorative. Tuttavia, sono vittime indirette anche le altre persone

«Nella conferenza faccia a faccia la discussione su cosa si deve fare diventa una danza di mutuo altruismo, l'offensore dice che vuole aiutare la vittima e spesso la vittima dice che vuole aiutare il reo stesso»¹⁸⁰.

In Inghilterra, l'applicazione della *Restorative Justice* a opera della polizia avviene solo presso il dipartimento della *Thames Valley*. In particolare, la polizia provvede ad esperire la mediazione, come detto, quando il reo viene richiamato con la *caution*, di solito quella cosiddetta semplice¹⁸¹. Solo raramente la conferenza viene indetta quando vengono emesse le *conditional caution*¹⁸². Per i minori, invece, la mediazione viene tentata quando il ragazzo è sanzionato con il *reprimand* (prima offesa) e il *final warning* (seconda offesa). Quando la polizia stabilisce di "richiamare" unicamente il reo senza procedere con l'azione giudiziaria ordinaria perché, ad esempio, manca l'interesse pubblico o il reato è di scarsa entità, solitamente accompagna tale sanzione ad una seduta di mediazione per responsabilizzare maggiormente il reo su quanto fatto. La conferenza è attivata e diretta da poliziotto appositamente formato come mediatore. Questo procedimento viene esperito per incidere positivamente sul comportamento del reo anche al fine di evitare la recidiva. Il poliziotto parla con il reo e con la vittima solo se quest'ultima è presente. Esiste in questo

che lavorano nel negozio e che potrebbero avere ugualmente subito un trauma per lo spavento causato dal reato. Sono proprio queste ultime persone che avranno un beneficio comunque riflesso derivante dalla consapevolezza della pacificazione tra la vittima principale e il reo. Questo è solo uno degli esempi che potrebbero essere forniti al riguardo, in quanto analogamente si verifica nei parenti delle vittime che sono anch'essi indirettamente e negativamente influenzati dal reato oppure tra le persone che assistono al compimento di un reato.

¹⁸⁰ SHERMAN L. W., STRANG H., *op. cit.*

¹⁸¹ La *caution semplice* è un richiamo scritto che la polizia emette quando viene commesso un reato di lieve entità e si sostanzia nella mera registrazione del fatto negli schedari ed è priva di sostanziali conseguenze. Differisce da quella condizionale perché non è accompagnata da alcun tipo di attività che deve essere svolta dal reo.

¹⁸² Le *conditional caution* sono analoghe alle *caution* semplici, ma se ne differenziano in quanto quelle condizionali, diventano operative solo dopo che il reo ha svolto una serie di attività che sono elencate nel precetto della sanzione e che devono essere eseguite dal reo. Solo una volta che il reo ha svolto l'attività oggetto della *caution* il reato si estingue, diversamente, invece, le *caution* semplici estinguono il reato nel momento in cui sono pronunciate. Tra gli esempi più significativi di queste ipotesi rientrano i programmi di recupero e disintossicazione per alcool e tossicodipendenti.

ambito una prima differenza con il modello tradizionale, che invece, postula la presenza necessaria della vittima¹⁸³.

Young riferisce delle obiezioni che vengono prospettate in relazione all'uso della polizia quale forza diretta ad esperire la mediazione¹⁸⁴. La critica più severa concerne il fatto che, secondo questo autore, la polizia stessa, in queste ipotesi, «*funge da giudice e da giuria*» in quanto, non solo ha il potere di scegliere se effettuare la conferenza, ma, altresì, partecipa attivamente alla procedura nel ruolo di mediatore. In particolare, si obietta che questo *modus operandi* sia assolutamente inopportuno e illegittimo in quanto il concentrare tutti i poteri in capo ad un unico soggetto potrebbe portare ad abusi e arbitri.

Rispondere a queste critiche non è cosa semplice. Sicuramente è vero che il potere viene concentrato in capo ad un'unica tipologia professionale, nella specie poliziotti, ma nei fatti, non è la stessa persona che decide l'*an* della mediazione e che poi partecipa effettivamente alla seduta. Esistono, infatti, all'interno dell'ufficio, alcuni poliziotti deputati a svolgere esclusivamente il compito di mediatori ed altri che svolgono unicamente le funzioni del poliziotto nel senso proprio del termine.

Altri studiosi¹⁸⁵ si chiedono se l'estensione dei poteri della polizia in questo settore sia legittima e limitabile, poiché si teme che venga ricercato ed esaltato il sentimento di vergogna e di rimorso dei rei per servirsene come strumento di sopraffazione o peggio, che questo venga estorto con giochi di potere. Sicuramente sono possibilità che, come in tutte le relazioni umane, possono concretamente verificarsi, perché qualche isolato individuo potrebbe cercare di sfruttare la situazione a proprio vantaggio o abusare dei poteri di cui dispone. Allo stato dell'arte esistono comunque rimedi di tipo preventivo, diretti a selezionare accuratamente le persone deputate allo

¹⁸³ La forma di '*restorative justice*' appena descritta, ossia quella svolta dalla polizia, prende il nome di '*restorative cautioning*'.

¹⁸⁴ WILCOX A., YOUNG R., HOYLE C., *An evaluation of the impact of restorative cautioning: findings from a reconvict study*, in www.crimereduction.homeoffice.gov.uk, PDF document, 2004.

¹⁸⁵ Tra gli altri, cfr. BRAITHWAITE J., *Crime, Shame and Reintegration*, Melbourne, Cambridge University Press, 1989.

svolgimento di compiti così delicati, e di tipo successivo, che consistono in provvedimenti disciplinari.

In conclusione, si può affermare che, nonostante esista qualche possibile rischio di abuso o di sopruso, questo può essere comunque evitato grazie ai rimedi che comunemente esistono per reprimere comportamenti illegittimi dei pubblici ufficiali e quindi la critica non ha particolare valenza.

A nostra opinione, andrebbe guardata con estremo favore l'eventualità di inserire ipotesi di mediazione ad opera della polizia anche in Italia. In questo modo la polizia stessa potrebbe essere caricata di un ruolo importante e di significato che ne potrebbe meglio responsabilizzare l'operato in termini di efficienza. Così facendo, inoltre, si potrebbe anche accelerare la macchina giudiziaria per le offese meno significative, che non meriterebbero nemmeno l'intervento del giudice di pace.

4.5. (segue): i magistrati

I magistrati sono soggetti fondamentali per la procedura anche se non rivestono il ruolo di parte formale della mediazione. Ciò nel senso che, seppur gli stessi non partecipano alle sedute di mediazione e agli incontri, tuttavia è demandato loro il compito di inviare i casi in mediazione e di recepirne i relativi risultati. È evidente, dunque, l'importanza della loro figura soprattutto in vista di una futura e maggiore implementazione di queste pratiche.

In Italia, al momento, i magistrati, come vedremo in seguito più approfonditamente, godono di grande discrezionalità nello scegliere quando inviare i casi in mediazione in quanto le prescrizioni vigenti non sono vincolanti né dettagliate sia in relazione alla scelta dell'*an* che del *quomodo* della mediazione. Ancora maggiore è la libertà che i magistrati godono nello scegliere la sanzione più opportuna in considerazione dell'avvenuta mediazione, ma soprattutto in considerazione del preminente interesse pubblico che deve essere sempre tutelato, poiché non esiste alcuna

disposizione normativa che impone di considerare i risultati della mediazione.

Non così nei paesi di *Common Law*, soprattutto in quelli a sistema processuale bifasico. In particolare, quando la mediazione è esperita nella fase temporale che va dalla dichiarazione di colpevolezza alla sentenza conclusiva ed è svolta a iniziativa del *Probation Service*, il suo risultato, se positivo, è menzionato nel *Pre-sentence Report* ed il giudice può tenerlo in considerazione per l'emanazione della sentenza, nel senso che lo stesso potrà valutare una condanna diversa, più lieve, se lo ritiene opportuno. Sovente, poi, le vittime che hanno partecipato a questo tipo di pratiche, scrivono delle lettere al giudice competente per la soluzione del caso al fine di chiedergli di non applicare una sanzione di tipo custodiale¹⁸⁶. Ovviamente, sarà poi solo il magistrato stesso che deciderà concretamente se accettare o meno la proposta effettuata dalla vittima. Nel migliore dei casi, potrebbe, ad esempio, optare per il *Community Work* in luogo della custodia in carcere, oppure disporre una detenzione di durata minore rispetto a quella che dovrebbe essere disposta per quel determinato tipo di reato; il tutto, solo e se, tale scelta risulti compatibile con la preminente tutela dell'interesse pubblico.

Non necessariamente il giudice accoglierà i risultati della mediazione in quanto anche in questi paesi non esiste alcun obbligo giuridico a riguardo. In tali ipotesi la mediazione risulterà priva di valore sostanziale e rimarrà

¹⁸⁶ Ciò si verifica perché le vittime rimangono profondamente colpite in positivo dai risultati della mediazione e non vogliono che questi siano vanificati da una sanzione priva di valore simbolico e spesso inutile. Il vissuto e le esperienze delle parti che vengono in luce durante il percorso, hanno un'importanza considerevole per la comprensione del reato e del trauma. Grazie a queste informazioni, che diversamente non entrano nel processo ordinario, è possibile sviluppare nelle vittime il desiderio di offrire un aiuto ai rei, aiuto che non si potrebbe realizzare se fosse comminata una condanna di mera detenzione. Anche questi fattori dovrebbero ulteriormente far riflettere soprattutto in relazione all'immaginario collettivo che vede la vittima piena di rancore ed odio e che vorrebbe a "morte" il reo. Nella realtà quotidiana, spesso anche a prescindere dalla giustizia ristorativa, non è così. Inoltre sarebbe opportuno, altresì, che si valutassero questi elementi anche per cercare di modificare l'opinione pubblica, che, invece, è sempre diretta a condannare severamente e drasticamente i rei.

solo una pratica a beneficio personale delle parti senza alcuna rilevanza sul processo ordinario.

Il caso che ci accingiamo ad esemplificare è emblematico nel dimostrare la flessibilità e l'ampia discrezionalità di cui godono i magistrati in Inghilterra nella scelta della sanzione da comminare e nell'accogliere o meno dei risultati della mediazione. In particolare, nel caso di specie, il giudice di primo grado aveva scelto di dare un peso rilevante all'avvenuta mediazione, mentre il giudice di Appello ribaltò totalmente l'opzione accolta. Il noto *Clotworthy Case*, è questo il nome dell'episodio, aveva avuto ad oggetto il reato commesso da Mr. Clotworthy, dichiaratosi colpevole per il fatto commesso. Mr. Clotworthy era stato condannato per aver ferito con l'intento di causare grave danno un passante che si era rifiutato di dargli del denaro e per aggressione ad un pubblico ufficiale. Il malcapitato passante che aveva rifiutato l'elemosina era stato pugnalato più volte al petto e sfregiato nel volto, con conseguenze molto serie tanto da aver rischiato la morte ed una permanenza di diversi giorni in rianimazione.

L'assalitore aveva 27 anni ed era ubriaco.

All'episodio seguì la conferenza di mediazione. La vittima, che era stata precedentemente in carcere, riteneva fosse inutile che il reo scontasse una condanna detentiva e desiderava unicamente che fosse condannato al risarcimento dei danni pari all'ammontare sostenuto per le cure mediche, comprese le spese necessarie per la chirurgia ricostruttiva che era stata indispensabile per eliminare lo sfregio nel volto e per riparare i denti rotti. La richiesta era scaturita dopo che la vittima aveva constatato l'assenza di una natura malvagia nell'aggressore e dopo aver capito che il fatto era stato commesso a causa dell'effetto dell'alcool¹⁸⁷. Il reo era inoltre molto pentito per il gesto commesso e aveva acconsentito a pagare *in toto* l'ammontare richiesto dalla vittima, in quanto era desideroso di fare il massimo possibile

¹⁸⁷ Questo genere di valutazioni, ovviamente, possono essere fatte solo a seguito di un percorso tra le parti che le vede coinvolte in incontri durante i quali costoro possono raccontare la loro vita con libertà e piena autonomia senza subire i condizionamenti e i ritmi del processo ordinario. Grazie a queste informazioni preziose è possibile comminare sanzioni più opportune e utili per quel determinato offensore.

per attenuare le conseguenze del reato e per dimostrare di avere capito lo sbaglio commesso.

La Corte in primo grado, visti i risultati della mediazione avvenuta, aveva comminato una condanna a 2 anni di reclusione e aveva disposto il pagamento di un risarcimento economico in ossequio alle richieste della vittima. Tuttavia, il caso passò poi alla Corte di Appello la quale ritenne la sentenza di 2 anni inadeguata. Infatti, il pubblico interesse ad una generale repressione dei reati particolarmente gravosi come quello di specie – questa la motivazione in sentenza – giustifica il superamento della *restorative justice* ed impone una condanna più severa. La Corte non volle generalmente condannare la mediazione e non si dichiarò contraria all'uso di queste pratiche, tuttavia espresse un principio fondamentale: questo tipo di politiche devono essere bilanciate con le generali esigenze di repressione dei reati e quindi la condanna deve essere comunque proporzionata all'offesa commessa. L'equilibrio tra questi due valori, interesse pubblico e accoglimento dei risultati della mediazione, è fondamentale e deve essere necessariamente ricercato in ogni momento, soprattutto nella fase della scelta della sanzione da applicare.

La Corte, dunque, concordò nel ritenere opportune e meritevoli di considerazione e di accoglimento le pratiche ristorative al fine di modulare opportunamente e più consapevolmente la pena da scontare, tuttavia ritenne inadeguata la sanzione di 2 anni (ridotta dai tre iniziali proprio per l'avvenuta *Restorative Justice*), in quanto tale reato è punito tra i 5 e 6 anni di reclusione. Tutta la valutazione del Tribunale era di conseguenza sbagliata verso il basso, motivo per il quale venne dato un peso minore alla mediazione in vista anche della gravità del reato che in questo caso, secondo i Giudici di Appello, necessitava di un peso preminente rispetto alle esigenze di una soluzione concordata della questione¹⁸⁸.

Questo esempio è fondamentale, perché dimostra quale sia la rilevanza della giustizia ristorativa negli Ordinamenti di *Common Law*. È di tale

¹⁸⁸ STRANG H., BRAITHWAITE J., *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Ashgate, Dartmouth, 2000.

rilevanza, infatti, da costituire il piatto della bilancia per la scelta della sanzione più opportuna. Anche se nel caso di specie il giudice ha poi riformulato la sentenza verso l'alto, è importante notare che tutta la motivazione della sentenza fosse giocata sul ruolo da attribuire alle pratiche ristorative avvenute fuori dal giudizio e sull'affermazione della rilevanza nodale delle stesse per la determinazione della sanzione più appropriata.

4.6. (segue): *Le agenzie*

Le altre agenzie che si occupano di mediazione, in tutti i paesi in cui tali pratiche vengono diffusamente esperite, sono molto importanti in quanto offrono alle parti il sostegno ed il supporto imprescindibile per concludere positivamente il percorso laddove, seguendo il reo e le vittime fin dalla commissione del reato, dispongono delle competenze necessarie per aiutarle in modo ottimale.

I Centri di supporto delle vittime, dove esistenti, sono l'istituzione più significativa tra tutte in quanto, nel corso del tempo, ha acquisito le conoscenze essenziali per ottenere il titolo di vera e propria struttura stabilmente impegnata nel promovimento delle pratiche mediatriche. È un'istituzione nata nel 1980 per aiutare le vittime a superare le conseguenze dei reati, per evitare le eventuali revittimizzazioni che possono verificarsi nel corso del processo, nonché per fornire loro il sostegno necessario per tornare il prima possibile a svolgere una vita normale analogamente a quanto accadeva prima dell'evento traumatico.

Successivamente e grazie all'esperienza precipua acquisita nel settore, tale agenzia, dove esistente, ha conquistato il ruolo di vero e proprio istituto di primo piano per lo svolgimento di attività di *restorative justice*, ancorché il suo compito principale concerne ancora l'assistenza e l'aiuto alle vittime di reato.

La *Mediation UK* è l'agenzia maggiore in Inghilterra per quanto concerne la mediazione. Nata nel 1999 proprio al fine di implementare e promuovere l'uso di questo strumento in tutti i settori del diritto e nel maggior numero di

dispute possibili, tale agenzia si occupa anche della formazione professionale dei mediatori preparando corsi di aggiornamento periodici e continui.

In Inghilterra, ancora, dal lato degli autori del reato, invece, il *Probation Office* è un'istituzione, simile ai nostri Servizi sociali, che si occupa di seguire i rei durante il processo e durante l'esecuzione della pena, soprattutto quando viene disposto il *Community Order* per evitare si commettano nuovi reati durante il periodo di svolgimento delle attività oggetto della condanna. Per questo motivo l'*Home Office* ha commissionato al *Probation Service* l'attuazione di progetti sperimentali di *restorative justice*. I membri dello staff del *Probation Service*, infatti, possiedono le competenze specifiche necessarie per aiutare il reo durante tutto il percorso processuale e riabilitativo, di cui la mediazione ne costituisce una parte.

Esistono una grande varietà di strutture che, con diverse modalità e con diverse tipologie di operatori, possono realizzare la mediazione. Questo elemento favorisce la diffusione e soprattutto un'articolazione differenziata nel territorio di tali pratiche. Tale ultimo fattore è estremamente positivo perché permette di implementare ulteriormente lo sviluppo della mediazione a diversi livelli e in diversi momenti del processo penale, ossia dell'apertura delle indagini fin dopo la conclusione dell'esecuzione della pena, in modo che le pratiche ristorative vengano direttamente svolte dagli attori che abbiano le maggiori competenze specifiche in relazione al caso concreto.

Nel nostro Ordinamento, come vedremo in seguito, invece, attualmente vi sono diversi operatori che si occupano di promuovere forme di mediazione penale e pratiche riparative. Infatti, non esistendo al momento alcun riferimento normativo unico a livello nazionale, *«la disponibilità di programmi di giustizia riparativa è ancora poco elevata, conseguentemente la stessa accessibilità ai programmi di vittime e rei è condizionata dai luoghi e dalle scelte tecniche effettuate. In particolare, per quanto riguarda specifici programmi per le vittime, al ritardo culturale nel settore si*

aggiunge l'attuale contrazione di investimenti nei servizi alla persona»¹⁸⁹. Invero, in alcune città sono nati alcuni centri di supporto per le vittime di reato che si occupano anche di promuovere localmente forme di giustizia ristorativa.

I servizi di mediazione sono molto differenziati nelle varie realtà geografiche, in alcune zone, infatti, tali organi si occupano solo di mediazione penale, in altri, invece, svolgono anche altre forme di mediazione (familiare, sociale, etc.)¹⁹⁰. I servizi di mediazione hanno un'origine mista; in alcuni casi sono strutture pubbliche degli enti locali, in altri appartengono al privato sociale convenzionato con gli enti locali¹⁹¹. Certamente un ruolo di primo piano è rivestito dai Servizi sociali minorili che in ambito minorile sono i centri deputati alla presa in carico del minore durante lo svolgimento della messa alla prova e contribuiscono all'attività dei Centri di mediazione. Negli adulti, invece, è l'UEPE (Ufficio di Esecuzione Penale Esterna) a redigere il programma di trattamento della messa alla prova e a seguire il reo durante l'esecuzione della pena. Si spera, dunque, nell'immediato futuro, che tali istituzioni pubbliche vengano a rivestire un ruolo di primo piano per l'implementazione di tali pratiche e per la loro attuazione.

4.7 Le cosiddette parti eventuali

A nostra opinione occorrerebbe considerare l'eventuale partecipazione delle cosiddette "parti eventuali", ossia persone estranee al reato che possano aiutare i diretti interessati a raggiungere positivamente una soluzione condivisa del conflitto. La presenza di familiari e amici, come visto, dà

¹⁸⁹ MASTROPASQUA I., in MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2012, p. 33.

¹⁹⁰ Per un approfondimento cfr. SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", n. 3-4, 2001, pp. 129 e ss.

¹⁹¹ Per un approfondimento cfr. MASTROPASQUA I., *op. cit.*

luogo a quella forma di *restorative justice* chiamata *family group conference* ed è utilizzata soprattutto nei Paesi di *Common Law*.

In Italia, questa forma di giustizia restaurativa non è mai praticata e si sceglie piuttosto, in quei pochi casi sperimentati, di attuare la forma di mediazione pura che vede la partecipazione unicamente della vittima e del reo. In realtà, sarebbe opportuno, a nostro avviso, valutare anche l'opportunità di far partecipare parenti o amici delle parti quando ciò sia necessario e funzionale alla buona riuscita della mediazione. Talvolta, infatti, le parti sentono la necessità di un supporto di qualcuno che gli sia strettamente e intimamente legato ed inibirne la presenza potrebbe essere sconveniente.

È, tuttavia, vero anche il contrario. Infatti, in alcune circostanze, in particolare laddove i familiari siano avversi allo svolgimento delle pratiche, ovvero se dimostrino un atteggiamento negativo — che ostacola le procedure piuttosto che favorirle —, o, ancora, se una delle parti preferisce seguire il cammino da sola, sarà sicuramente sconsigliato l'intervento di estranei alla procedura.

A nostra opinione, la soluzione più efficace, sarebbe, anche in questa ipotesi, quella di lasciare la valutazione al prudente apprezzamento del mediatore.

5. I luoghi degli incontri

Abbiamo già detto nel paragrafo precedente della forma giuridica che dovrebbero avere gli Uffici di Mediazione. Occorre ora approfondire il concetto di ambiente, ossia valutare quali siano i luoghi opportuni in cui svolgere le procedure di mediazione nello specifico.

L'ambiente, infatti, riveste un'importanza fondamentale in quanto è funzionale al raggiungimento di una buona riuscita delle pratiche: un ambiente ostile, metterà i partecipanti nella condizione di non trovarsi a proprio agio nel compimento della procedura e si rischierà un esito negativo dell'incontro.

La Raccomandazione (99) numero 19, suggerisce vivamente di scegliere un ambiente «sicuro e confortevole». Castelli (1996) suggerisce di scegliere un «luogo tranquillo, silenzioso, comodo, accogliente e stimolante per favorire la produzione di idee, la concentrazione sul problema e la pacatezza della discussione».

Per adempiere a questo precetto, a nostra opinione, dovrebbero adottarsi due cautele. La prima sarebbe quella di lasciare il mediatore libero di valutare di volta in volta quale sia la *location* che più rispetta questi requisiti in relazione alle sensazioni e allo stato d'animo delle parti. Infatti, come abbiamo più volte sottolineato, sarebbe indicato scegliere la sede che appaia più idonea in relazione alle circostanze del caso, ossia scegliere il posto che possa avere il maggiore impatto per la buona riuscita della pratica. Così, a seconda dei casi, potrà essere l'ufficio di mediazione estraneo all'ambiente giudiziario in sé considerato, o il luogo in cui si è verificato il reato, ovvero la prigione stessa. Nulla esclude che vengano scelti anche posti del tutto insoliti, ovviamente solo se suggeriti dalla situazione specifica, come ad esempio un bar, un parco etc., fermo restando di prestare la dovuta attenzione ad evitare che sia una postazione che trasmetta ideologie specifiche, perché questo va sempre assolutamente evitato.

Secondariamente, a nostra opinione, sarebbe opportuno prestare particolare attenzione all'arredamento degli Uffici di Mediazione, poiché, molto probabilmente, sarà la sede privilegiata degli incontri. È importante che la *location* sia in grado di anticipare il clima della mediazione e dunque «neutralità, protezione, diversità rispetto agli spazi e alle logiche della giustizia tradizionale»¹⁹², escludendo dunque le aule di Tribunale, nonché qualsiasi spazio ad esse attiguo. Esistono, infatti, vere e proprie regole nella scelta dei colori dei muri e dell'ambiente in generale. Prestare attenzione a questi aspetti potrebbe contribuire alla realizzazione di un ambiente che sia

¹⁹² MAZZUCCATO C. PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25—26 maggio 2001)*, Giuffrè, 2002.

anche sicuro e confortevole. Infatti, tali sensazioni positive possono essere — diciamo — aiutate da un luogo colorato e domestico, piuttosto che freddo e scarno. Con questo non si vuole ovviamente creare una relazione biunivoca tra l'arredamento e l'esito delle procedure. Anche perché, diversamente, si trasmetterebbe il messaggio per cui fuori dagli uffici di mediazione non sia possibile esperire le procedure. Ciò che si vuole fornire è piuttosto un'indicazione che comunque favorisca il buon esito delle procedure. Sarebbe, pertanto, opportuno optare per colori caldi, escludendo il bianco e il nero che non sono colori ed il rosso perché è un colore tipicamente shockante e stressante che crea agitazione. Per le persone più anziane sarebbe opportuno optare per colori più vivaci che tendano a dare energia, perché, come si sa, le persone di una certa età tendono più facilmente a spegnersi. Diversamente, per i giovani, già agitati per natura, sarebbe più opportuno optare per colori caldi nelle tinte pastello: il verdino, il giallino sono colori altamente consigliati. L'ambiente, quindi, dovrebbe essere comunque sviluppato in modo da tentare di riprodurre un clima domestico, familiare, caldo e accogliente.

Il luogo della conferenza, se un ufficio, dovrebbe altresì essere fornito di una *«lavagna fissa o di fogli mobili, in modo che il mediatore possa appuntare degli argomenti di discussione, elementi di contrasto, suggerimenti, conclusioni, etc.»*¹⁹³.

Quelle fornite sono sicuramente ed unicamente indicazioni di massima, utili tuttavia, a nostra opinione, a sottolineare l'importanza e l'attenzione che dovrebbe essere prestata ad aspetti che di solito vengono trascurati ma che sono di particolare rilevanza e significatività.

6. Quando esperire la mediazione

L'approfondimento sul momento in cui espletare la mediazione presuppone il richiamo agli studi e alle ricerche espletate in quegli ordinamenti in cui

¹⁹³ CASTELLI, *La Mediazione: Teorie e Tecniche*, Raffello Cortina Editore, 1996, p. 61.

tali pratiche vengono comunemente svolte. Negli ordinamenti in cui il processo è flessibile e le pratiche mediatore sono state grandemente sperimentate, la mediazione viene esperita in tutte le fasi del processo: dalla fase delle indagini fino addirittura al post-esecuzione della pena detentiva¹⁹⁴.

Ciò che emerge dagli studi è che l'efficacia delle pratiche è maggiore nel corso delle indagini¹⁹⁵, prima che vi sia il contatto del reo con le stigmatizzazioni della macchina processuale. Ciò, infatti, consente immediatamente di divertere la procedura dal sistema ordinario e, nel contempo, raggiungere i massimi benefici dell'accordo ristorativo.

È anche vero, tuttavia, che vi sono dei reati che non consentono di prescindere totalmente dalla sanzione ed affidare la risposta punitiva all'esclusivo appannaggio delle parti e alla mediazione. Scegliere in questi casi di espletare gli incontri anche durante l'esecuzione della pena e dopo l'esperimento dell'intera condanna consente comunque di ottenere gli effetti benefici degli incontri e soprattutto di superare le affezioni del reato ancorché, ovviamente, non vi sia la vera fuoriuscita dal circuito penale.

¹⁹⁴ Per un approfondimento cfr. AVANTAGGIATO M. L., *Per una Giustizia Riparativa in Carcere*, in "Mediases", 2007, fascicolo 10, pp. 171—184; CIARDIELLO P., *Riparazione e Mediazione nell'Ambito dell'Esecuzione Penale per Adulti*, in "Rassegna Penitenziaria e Criminologica", 2007, numero 2, pp. 96—107; COYLE A., *Restorative justice in prison setting*, in International centre for prison studies, King's College, London; GADDI D., *Mediazione Penale, Esecuzione della Pena e Terrorismo: l'Incerto Ruolo della Criminologia nell'Analisi di Due Casi*, in "Studi sulla Questione Criminale", 2009, numero 1, pp. 101—118; VAN NESS D. W., *Restorative Justice in Prisons*, PFI Centre for Justice and Reconciliation Prison Fellowship International, in www.realjustice.org.

¹⁹⁵ Per un approfondimento cfr. SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007; STRANG H., BRAITHWAITE J., *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Ashgate, Dartmouth, 2000; BRAITHWAITE J., *Restorative Justice & Responsive Regulation*, New York, Oxford University, 2002 UMBREIT, M.S., VOS, B. e COATES, *Restorative justice dialogue: Evidence—Based Practice*, R.B. January 1, 2006; Center for restorative justice & peacemaking. An international resource center in support of restorative justice dialogue research, and training, pdf document, in http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/PDFs/RJ_Dialogue_Evidence—based_Practice_1—06.pdf; UMBREIT M. S., *The handbook of victim—offender mediation: an essential guide to practice and research*, Jossey Bass, 2000; WEMMERS J. A., CYR K., *Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims Experiences in Mediation with Young Offenders*, in Canadian Journal of Criminal Justice/ Revue Canadienne de Criminologie et the Justice Penal, n 47, 3 July 2005, pp. 527—544; WALGRAVE L., *Restorative Justice and the Law*, William Publishing, Davon, 2002.

Si ritiene, in conclusione, che la procedura debba essere il quanto più possibile favorita, ancorché occorra, di volta in volta, valutare l'opportunità di ricorrere a tali pratiche o meno a seconda del caso, bilanciando i costi ed i benefici della procedura e ponderando attentamente i rischi di revittimizzazione che si corrono con tali pratiche.

Non si dimentichi che è altresì fondamentale prestare attenzione alle tempistiche degli incontri per rispettare da un lato l'esigenza di celerità e efficacia del sistema, ma, dall'altro lato, le esigenze personali dei singoli partecipanti. Anche il momento in cui è stato commesso il reato riveste particolare importanza, in quanto troppa vicinanza o troppa lontananza dal *factum criminis* può compromettere la buona riuscita della pratica. Infatti, «*il tempo della mediazione non è lineare, bensì è circolare in cui passato, presente e futuro sono simultaneamente presi in considerazione*»¹⁹⁶.

¹⁹⁶ MAZZUCCATO in PICOTTI L., SPANGHER G., *op.cit.*, p. 124.

Capitolo II

Gli effetti

Per esaminare gli effetti della mediazione, occorre una premessa in ordine ai tipi di reati mediabili.

La scelta non è stata uniforme nei vari Ordinamenti europei ed influenza grandemente i risultati della mediazione. Lo studio di Sherman e di Strang ha, infatti, evidenziato che sussiste un maggiore successo della *restorative justice* nel caso di offese più significative e di reati più gravi¹⁹⁷. Ciò è confermato dallo studio compiuto da Wilcox, Young e Hoyle nel 2004¹⁹⁸ che, nell'esaminare gli effetti della cosiddetta *restorative cautioning*, ossia quella forma di giustizia ristorativa di cui si è detto, ha confermato l'efficacia limitata della mediazione rispetto alle offese meno significative.

Una breve disamina comparativa evidenzia un differente approccio alla mediazione rispetto alle tipologie di reati e alla gravità di questi. In particolare, in Germania¹⁹⁹ la mediazione minorile è praticata in tutto il territorio nazionale. Per gli adulti, invece, esiste una discrezionalità limitata nella rinuncia all'azione penale e solo in riferimento alle ipotesi di esigua colpevolezza, di mancanza di pubblico interesse al perseguimento del reato o, infine, di danno materiale tenue. In queste ipotesi viene chiesta l'archiviazione per ragioni di esiguità. La mediazione è prevista tra le prescrizioni che deve svolgere il reo per usufruire della *probation* o della liberazione anticipata: se la pena è pecuniaria o minore ad un anno di reclusione può essere revocata se il reo ha compiuto un serio tentativo di compensare il danno subito dalla vittima o di raggiungere un accordo con

¹⁹⁷ SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published in Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007.

¹⁹⁸ WILCOX A., YOUNG R., HOYLE C., *An evaluation of the impact of restorative cautioning: findings from a reconvict study*, in www.crimereduction.homeoffice.gov.uk, PDF document, 2004.

¹⁹⁹ Per un approfondimento cfr. MANNOZZI G., *op. cit.*; KILCHLING M., PARLATI L., *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?* *Germania e Italia a confronto*, in "Cassazione Penale" 2015, pag. 4188C, fasc. 11.

quest'ultima. Per condanne maggiori di un anno occorre ridurre la pena se v'è un serio tentativo di compensazione del danno o di raggiungere accordo con la vittima. Esiste, tuttavia una preclusione assoluta per i reati senza vittima, contro la personalità dello stato e per i reati fiscali

In Austria²⁰⁰, invece, la mediazione viene vista come ipotesi di *diversion* ed è disciplinata da norme processuali anziché sostanziali. Negli adulti costituisce presupposto per l'archiviazione, per la concessione di un'attenuazione di pena ovvero per la concessione di misure sospensive. Inizialmente la mediazione era stata disciplinata come ipotesi di mancanza di meritevolezza di pena per il fatto, dunque una vera e propria rinuncia alla pena senza tuttavia eliminare l'illiceità del fatto.

In questo ordinamento, esistono alcuni limiti oggettivi per ricorrere alla mediazione: i) la pena massima di 5 anni di reclusione per i reati con imputati adulti (10 anni per i minori) per evitare il rischio del cosiddetto *net widening effect* che si verifica quando la mediazione è prevista per il tipo di reato e non si basa sul limite edittale in quanto comporta che siano mediabili solo i reati bagatellari; ii) non è possibile se la vittima è morta. Per i reati bagatellari, invece, si rinuncia *in toto* all'azione penale, compresa la possibilità di esperire mediazione.

In Austria si può affermare che esiste un vero e proprio diritto alla mediazione, in quanto, se il caso ha le caratteristiche per essere trattato in mediazione le parti possono addirittura proporre appello laddove il PM abbia ingiustamente rifiutato di procedere con la mediazione.

In Svizzera²⁰¹ il *focus* dei progetti di mediazione è la *debt regulation* tra a vittima e l'autore del reato. L'idea è quella di estinguere i debiti mediante un fondo di credito, la risoluzione del conflitto è effettuata con l'aiuto di un *project worker* il quale viene visto come un mezzo di integrazione sociale.

²⁰⁰ Per un approfondimento cfr. MESSMER H, OTTO H. U., *Restorative Justice On Trial, Pitfalls and Potential of Victim-Offender Mediation, International Perspectives*, London Kluwe Academic, 1992.

²⁰¹ per un approfondimento SCARDACCIONE G., BALDRY A., SCALI M., *La mediazione penale, ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Giuffrè, 1998.

Non si tratta di vere e proprie ipotesi di mediazione ma una sorta di contrattazione di un accordo di tipo economico.

In Francia esistono molteplici progetti²⁰². Molti di questi vedono la mediazione non solo come un mezzo per risolvere i conflitti ma altresì per trasformare le relazioni sociali. La legge 11/03/1993²⁰³ prevede che il PM opti per la mediazione in ossequio al suo potere discrezionale, laddove ritenga che l'accusato possa ottemperare alle prescrizioni che, una volta adempiute, determinano l'archiviazione del processo. Se le prescrizioni comprendono la mediazione scende in campo il mediatore. La mediazione deve essere accettata per iscritto e anche l'impegno riparatorio è formulato per iscritto.

²⁰² per un approfondimento cfr. BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2005.

²⁰³ per un approfondimento cfr. BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2005.

1. I pro e i contro della mediazione

L'analisi sugli aspetti positivi e negativi della mediazione permette di comprendere la sostanza dell'istituto al fine di interrogarci sull'opportunità di ripensare al nostro sistema in un'ottica ristorativa.

Quanto agli aspetti positivi, si deve immediatamente sottolineare come, a fronte di un conflitto tra le parti — conflitto caratterizzato da sentimenti di vendetta, di rabbia, di indifferenza scaturiti dal reato — queste iniziano un percorso coadiuvato da un mediatore, che si dovrebbe concludere con un accordo dal contenuto ristorativo per la vittima. Perché questo si realizzi, come già detto, sono necessari anche diversi incontri durante i quali il mediatore, in modo passivo permette di ripristinare la comunicazione tra le parti.

Il problema principale della giustizia deriva dall'assenza di comunicazione; non solo vittime (che non sono parti) e offensori, ma anche tra difensore, giudice e Pubblico Ministero. Inoltre, nel processo si assiste ad una mera rappresentazione di interessi, idee e sentimenti mediante il filtro di avvocati. Cosa accade in queste ipotesi? Utilizzo, per spiegarlo, l'esempio di Castelli²⁰⁴. Ricordate il telefono senza fili? Il messaggio parte da un emittente che lo riferisce all'amico seduto al suo fianco sussurrandoglielo nell'orecchio, lui/lei fa lo stesso con il compagno/a e così via fino a che il cerchio non si chiude e l'ultimo rivela ad alta voce ciò che gli è pervenuto. Sotto il fragore di una risata collettiva si constata il totale stravolgimento del messaggio iniziale. Questo accade tutte le volte che si trasmette una informazione a più intermediari. La mediazione nasce per evitare questo. Nasce per evitare diversi passaggi di un messaggio che può venire, anzi come accade il più delle volte, che venga, stravolto, perché ovviamente non si può riprodurre la voce, l'intonazione e i sentimenti dell'emittente e necessariamente il ricevente lo riproduce, lo bypassa con le proprie capacità, condizioni e sensazioni secondo quello che il messaggio gli suscita: il risultato non è quasi mai una fedele scannerizzazione del

²⁰⁴ CASTELLI, op. cit, p. 50.

contenuto originario del messaggio. Diversamente, nel corso della mediazione le parti sono messe nella possibilità di comunicare le une con le altre direttamente e senza intermediari a tutto vantaggio della comprensione diretta.

Comunicazione, infatti, dal latino *communis* significa “*mettere in comune*”, ossia condividere. Non si può condividere se non c’è dialogo diretto tra le due parti che devono comunicare per trasmettere correttamente il loro messaggio.

Alcuni ritengono che la mediazione non valga la pena di essere sperimentata perché i diritti delle vittime sono in conflitto con quelli dei rei, «*in realtà non sono i difensori ma è lo Stato che ha chiuso fuori dal processo i diritti delle vittime*»²⁰⁵.

Gli studi dimostrano che vittime, nella maggior parte dei casi, sono desiderose di incontrare il loro assalitore²⁰⁶. Infatti, la maggior parte delle volte le vittime hanno delle domande da porre all’assalitore, che esse stesse si pongono, “Perché ha scelto me?”, “Perché l’ha fatto?”, “Ma cosa se ne è fatto di quella cosa?” La mediazione permette di trovare risposta a queste domande.

Quanto ai benefici che si raggiungono in capo all’offensore, sono direttamente consequenziali all’empatia e alle emozioni che si sviluppano nel corso del percorso e grazie al fatto che costui viene finalmente a comprendere quali sono state le affezioni che il gesto commesso ha ingenerato nella vittima. Gli esempi, infatti, dimostrano che questa situazione così simpatetica e colma di emozioni ha l’effetto di suscitare nuove reazioni nell’aggressore: spesso i rei piangono, si rammaricano e alla fine, spontaneamente e sinceramente si vergognano e chiedono scusa. Questo si verifica soprattutto con i giovani o i minori, più suscettibili a

²⁰⁵ WEMMERS J. A., *Where they belong? Giving victims a place in the criminal justice process*, Paper Presented at the National Victims of the Crime Conference, 23-24 September 2008, Adelaide, Australia, traduzione mia, cit. pp. 3.

²⁰⁶ SCIVOLETTO C., *Riparazione e cura nella mediazione penale minorile*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2012, pp. 377 e ss.

provare rimorso per le azioni riprovevoli che hanno commesso; ma ciò accade sovente anche per gli adulti.

Un caso mi sembra significativo²⁰⁷ e ritengo possa essere raccontato. Peter Wools faceva il ladro di mestiere; aveva saccheggiato moltissime abitazioni ed in alcune occasioni incontrando le sue vittime, le aveva colpite.

«Una sera girovagavo in una piazza a nord di Londra piena di piccole case. Dopo un po', ne ho presa una a caso. Camminando casualmente nella parte posteriore della casa, ho spostato il bottone per guardare quante serrature avesse. Si apre facilmente, mi dissi, c'è solo una serratura. Appoggiandomi contro quella, ho spinto con decisione e forza, ed ero dentro. Alla fine delle scale, ho trovato un letto pieno di cose ed oggetti che conoscevo e che potevo vendere velocemente. Normalmente questo tipo di lavoro richiedeva cinque minuti, ma questa volta probabilmente ero lì dentro da più di mezz'ora. Per alcune ragioni mi ero seduto sul letto e stavo prendendo gli oggetti uno alla volta per esaminarli. Ad un certo punto ho sentito una voce. "Chi sei? Cosa stai facendo nella mia casa?" era un ragazzino dall'aspetto atletico. Avevo preparato una bugia, qualcosa di assurdo tipo un vicino. "Togliti dalla mia strada", dissi, "Sto andando". Appena l'ho passato mi ha afferrato e ci sono stati un po' di spintoni. Lui urlava, io urlavo. Ci spingevamo l'un l'altro verso la sala e oscillavamo prima l'uno poi l'altro — come i combattimenti di John Wayne nei film americani. Allora sono corso giù dalle scale in cucina e ho finto di prendere qualcosa dal bancone. "Stai lontano, ho un coltello!" lui ancora è venuto verso di me, allora ho preso un grande teglia piatta e metallica e l'ho colpito sulla testa con quella. C'è stato un crack orribile. Poi ho preso un vaso di fiori e gli ho tirato in testa anche quello. Io ero quasi fuori dalla porta, ma lui mi ha afferrato. Fuori dalla casa, ci stavamo ancora spingendo e colpendo e lui urlava per chiedere aiuto. Stavo ragionando di come spingerlo via, ma due uomini che stavano camminando mi hanno preso e buttato a terra, calciandomi e prendendomi alla gola fino all'arrivo della polizia»

«sarei dovuto scappare, ma questo significava fare qualcosa di drastico tipo afferrare un coltello dalla cucina. Quando ero giovane, l'avrei fatto. Ho colpito delle persone con l'asse da stiro prima, ho sparato a persone con una balestra, ho fatto di tutto».

Un giorno, mentre stava spiando la condanna in carcere subita per quel furto, tuttavia, ricevette una telefonata da un mediatore che gli propose di incontrare due delle vittime che avevo assalito per permettere loro di spiegargli quali fossero stati gli effetti che il crimine aveva provocato nelle loro vite. Inoltre il poliziotto gli illustrò cosa fosse il lavoro che svolgeva, nella sostanza, la mediazione.

²⁰⁷ WOOLF P., *How restorative justice turned my life around*, in www.timesonline.co.uk, traduzione mia, riporto il testo tradotto che recita letteralmente le parole dell'assalitore perchè permettono di percepire al meglio quali siano i sentimenti e le pulsioni provenienti direttamente da una persona coinvolta in prima persona.

«Ho pensato, “forse potrebbe essere carino chiedere scusa”, per anni non mi sono preoccupato su quello che provocavo nelle persone, ma da un po’ avevo iniziato a sentire rimorso specialmente dopo aver preso i soldi delle signore con il loro bancomat. Non so perché. Qualcosa in me stava cambiando. Non sapevo reagire a questa nuova situazione». «C’è un’altra ragione perché ho accettato: per rompere la noiosa e monotona routine. Sono stato in prigione per 18 anni, dentro e fuori, ed è incredibilmente noioso».

Peter ha iniziato a commettere crimini quando era molto giovane. Quando aveva quattro anni stava per morire dopo aver insultato sua mamma, lei, infatti, gli aveva lanciato addosso l’attizzatoio, ma le sue sorelle l’avevano salvato. In realtà anni dopo, aveva scoperto, un giorno in cui era stato nuovamente aggredito da lei, che non era la sua vera madre, ma era sua nonna, mentre quelle che lui riteneva le sue sorelle, erano una la madre e l’altra la zia. Quando aveva sette anni, dopo aver preso dei soldi dalla mensola del camino, suo nonno gli aveva spiegato che quando aveva la sua età, se voleva qualcosa, andava in un negozio, rompeva la vetrina e se la prendeva. E così anche Peter aveva iniziato a fare lo stesso; se ti insegnano così e sei un bambino, è molto probabile che tu, incuriosito dalla cosa, soprattutto se è qualcosa che non si può fare, la faccia. Peter ha raccontato di essere stato contento di fare il ladro; vedeva la prigione come un luogo dove andava ogni tanto, ci restava un po’ e poi se ne tornava a casa ricominciando tutto da capo. Dopo un po’ si accorse di avere sempre meno compagni e desiderava solo tornare in prigione dove poteva sedersi a fumare della droga che iniziava ad isolarlo dal resto del mondo.

Quando fu portato nella stanza per incontrare due delle vittime che aveva aggredito, era agitato e non sapeva bene perché aveva accettato; pensava che forse avrebbe potuto imparare qualcosa di nuovo.

Lui fu il primo a raccontare come fosse avvenuta l’irruzione nella casa e, mentre stava liberamente parlando, usò una frase, «*when we met.*»²⁰⁸ che fece scattare la vittima su tutte le furie. Questo fu il momento più significativo della seduta che permise di sbloccare definitivamente la situazione. Infatti, la vittima oggetto del racconto, Will, iniziò a raccontare i

²⁰⁸ Quando ci incontrammo, traduzione mia.

suoi sentimenti e stati d'animo provocati dal reato, tra i quali la sensazione di non essere stato in grado di proteggere la sua famiglia e la sua casa, sentimenti questi, che gli provocarono un senso di angoscia profonda e di rabbia irreprensibile. Si espresse finalmente in modo libero e incontrollato, sfogandosi di tutto ciò che l'aveva oppresso in tutto questo tempo.

Successivamente parlò un Dottore, un'altra vittima, che era stata derubata da Peter nello stesso giorno dell'altro furto. Non aveva subito un furto grave a livello economico, un computer portatile che a Peter aveva fruttato solo venti sterline, ma che per la vittima aveva un valore fondamentale in quanto vi era contenuto il lavoro di una vita; oltretutto quel furto gli aveva provocato dei sentimenti di ansia e di senso di insicurezza.

«il Dottore, raccontò che per lui era stato molto difficile andare lì e confrontarsi e subito dopo si appoggiò sulla sedia e iniziò a piangere».

«Cos'avevo fatto? Avevo vissuto la mia intera vita alla deriva dalle persone, nella mia propria piccola bolla di sapone, e all'improvviso la rabbia e la pena di questi due uomini forzati in questa situazione a causa mia. Avevo fatto tutto questo a loro – io. Ciò era molto doloroso».

«Kim si girò verso di me e mi chiese di rispondere. Tutti mi fissavano. La mia gola chiusa. Non potevo parlare. Sentivo davvero caldo e poi freddo. Le lacrime colarono dai miei occhi. In qualche modo, provavo a dire che ero dispiaciuto, che non volevo più rifarlo, che non prendevo più droghe e alcool. Allora mi stoppai. Mi sedetti lì e io, il ragazzo duro, ero scosso».

Alla fine dell'incontro, le due vittime gli chiesero di scrivergli ogni sei mesi. Volevano che Peter gli raccontasse cosa stava facendo per cercare di ricostruirsi una vita. Lui si sentiva umiliato. *«Questi uomini che avevo aggredito si protendevano verso di me. Sembravano preoccuparsi per me e non c'era ragione per farlo. Ed era questo che contava, volevo che fossero orgogliosi di me».*

Peter da quel momento ha davvero cambiato la sua vita, nonostante all'inizio nessuno, tranne la vittima e il Dottore, gli credessero; tutte le altre persone erano contro di lui. Scrisse subito alle due vittime e una di queste, Will, gli rispose chiedendogli come si sentiva e cosa stava facendo per cambiare la sua vita. *«Forse ho pianto quando ho letto la lettera, nessuno*

mi aveva mai chiesto come mi sentivo o aveva voluto sentire da me una risposta sincera ».

Successivamente Peter fu trasferito in una prigione aperta, si impegnò in un corso di consulenza e incontrò una donna chiamata Louise che diventò sua moglie. Al matrimonio, Kim Smith, il mediatore, fu il testimone di nozze di Peter. Successivamente Peter partecipò alla cena per la pensione di Will, l'altra vittima, con Louise e la moglie di Will tutti seduti allo stesso tavolo. Adesso Peter lavora per la Metropolitan Police. Lavora nei progetti di *resorative justice*, aiutando i criminali a cambiare vita cercando di aiutarli e smettere di delinquere. Spesso Will lavora con lui.

Questa testimonianza è di fondamentale importanza perché permette di comprendere perfettamente quali possano essere gli esiti della mediazione e quali siano gli effetti positivi sui rei. Ciò accade in un modo che è difficile descrivere a parole, il tutto si verifica anche semplicemente tramite il confronto con le vittime, come accade nella vita quotidiana nei colloqui tra le persone; in questo “gioco” senza né vincitori né vinti i sentimenti in campo, le pulsioni, cambiano e prendono una direzione diversa da quella normalmente attesa, inaspettata, ma non per questo priva di interesse.

Dal lato delle vittime, invece, sono diverse le possibilità che si possono verificare. Spesso, infatti, dopo che una persona subisce un reato, la sua vita cambia e soprattutto cambia la sua percezione di quello che la circonda²⁰⁹. Nascono nuovi sentimenti di paura, di rabbia, di insicurezza. Questi sentimenti non trovano alcuno spazio nelle aule di Tribunale. Nessuno ascolta le vittime. Mentre nella mediazione questo non accade: le vittime sono messe nella condizione di esprimersi liberamente senza interruzioni, possono dire quello che hanno provato e che provano, possono porre delle domande, qualunque domanda sentano la necessità di fare; si confrontano con situazioni diverse a diretto contatto con coloro che gliele hanno procurate, nascono nuove opportunità che sovente si traducono in elementi

²⁰⁹ Per un approfondimento cfr. BOUCHARD M., *Vittima, pena e verità nella mediazione penale*, in “Mediaries”, 6/2005, pp. 101-109 .

del tutto positivi ed inaspettati capaci di ripristinare speranze ed aspettative di vita ormai sopite.

William Riley, la vittima del furto, per esempio, era caduta in depressione dopo essere stata derubata, ma affrontando il rapinatore Peter in prigione, si era sentita meglio e si è ripresa dallo stato di profonda angoscia dal quale era oppressa da tempo. Adesso lavorano insieme per combattere il crimine.

«Stavo giusto mettendo le mie cose della palestra insieme quando ho visto un ragazzo nel corridoio al piano di sopra e ho pensato “ Oh, Cristo”. Quando l’ho affrontato mi ha detto che aveva sentito un rumore ed era venuto a controllare. Ha detto che era un vicino. Gli ho chiesto dove viveva e lui ha detto “Numero 2.” Quindi gli ho chiesto dove fosse e lui ha puntato il dito nella direzione sbagliata. L’ho gettato sul pavimento. Ma in realtà volevo stare solo nel primo posto in cui l’avevo trovato; perché volevo difendere la mia casa e adesso ero diventato anche disordinato. Lanciavo cose, e poi le riprendevo indietro. In quel momento lui è corso nella cucina e ha detto che aveva un coltello. Ho tirato la sua giacca per immobilizzargli le braccia, avevo visto qualcosa di simile in tv nel telefilm di Starsky e Hutch. Lui ha preso una teglia e me l’ha sbattuta in testa. Era “pompato”, l’avevo notato. Potevo vedere dai suoi occhi che era pesantemente drogato. Non era un combattente, non proprio. Lo volevo spingere giù per le scale, ma poi ho realizzato che poteva volare fuori da una finestra e l’ho rilasciato. Lui è corso giù dalle scale e l’ho seguito. Sul pianerottolo mi ha colpito sulla testa con la pentola, ma nuovamente sentivo che non era un combattente ed insisteva nella difesa. Quando andammo fuori chiamai aiuto e due ragazzi che passavano si buttarono su di lui. Ero solo quando arrivò la polizia e dissi che loro avevano chiamato l’ambulanza; solo allora realizzai che c’era del sangue che mi usciva dalla testa. Tempo dopo, tutte le volte che tornavo a casa sentivo che c’era qualcuno dietro la porta. Era pesante, alla fine insopportabile. Non capivo che era la classica depressione. La tua casa è l’unico posto dove ti senti realmente sicuro e non era più così».

Successivamente quando Will fu contattato dal mediatore della Polizia, accettò di incontrare il suo aggressore. Quando Will entrò nella prigione, provò un sentimento di disgusto e quando il suo aggressore lo guardò e gli disse: «*Quando ci incontrammo.*» si arrabbiò tantissimo spiegando che non si erano incontrati in un bar ma che l’assalitore era entrato nella sua casa e l’aveva colpito in testa. Poi spiegò i suoi sentimenti e di come fosse stato e fosse orribile sentire di non poter proteggere la sua famiglia.

«Non sapevo realmente come mi sentivo fino a quando tutte le cose non sono venute semplicemente fuori, come l'acqua dell'idrante su un fuoco. Dopo ero esausto, ma sapevo che non ci sarebbe stato nessuno dietro la mia porta»²¹⁰.

«Le persone pensano che la *restorative justice* sia facile, ma non è così. È davvero difficile confrontarsi con qualcuno che ti ha procurato del male. Però penso che si dovrebbero incontrare i criminali e parlarci come in un rito iniziatorio che serve per riappropriarsi di se stessi. E per capire che il crimine non è solo qualcosa di personale.

Le persone che ascoltano spesso ci dicono che siamo stati gentili con il crimine. Così noi cambiamo il loro approccio: noi diciamo che questa non è una opzione facile anche per i criminali ma è buona per le vittime.

Nelle Corti, hai il giudice che è al centro, poi ci sono la giuria, gli avvocati e l'offensore. A destra in alto nella galleria c'è la vittima la persona che ha più sofferto per il crimine. Nella *restorative justice*, c'è la vittima al centro della stanza, con i suoi cari, che parla con l'offensore e i suoi cari. E le vittime dicono: «Perché l'hai fatto?»

Anche dal lato della vittima, quest'esperienza ha permesso finalmente di superare le affezioni che il reato aveva gli aveva provocato: paura, insicurezza, rabbia, depressione. Grazie allo sfogo che la persona offesa ha potuto avere con il reo e grazie al fatto di averlo visto davanti a sé, con le proprie debolezze, con le sue ansie e paure, come uomo. Ad esempio, nel caso appena visto questa azione ha permesso a William di capire che Peter è semplicemente un essere umano, non un mostro, ma una persona, nel torto, ma una persona. Così come ha potuto capire che nessuno sarebbe più entrato in casa sua o nella propria casa era al sicuro e che se qualcun'altro fosse nuovamente entrato, sarebbe stato anch'egli un essere umano e non un uno spauracchio che non si può combattere. Queste sensazioni sono importanti perché, ogni persona che subisce un trauma, tende a stigmatizzare l'assalitore come un qualcosa di terribile, quasi mostruoso e questo sentimento, con il passare del tempo, tende a crescere piuttosto di calare. Trovare una pratica che permetta di mostrare alle vittime che quello che hanno nella testa è frutto del trauma ed è una costruzione mentale, è importante perché permette loro di tornare alla normalità e di buttarsi possibilmente il reato alle spalle.

Tuttavia, alcuni ricercatori²¹¹ mostrano delle perplessità circa questo tipo di pratiche. La preoccupazione maggiore, riguarda il rischio di seconde

²¹⁰ Queste frasi riportate sono le emozioni e i sentimenti provati da Will durante e dopo la mediazione, traduzione mia del documento riportato nella nota precedente.

vittimizzazioni che si potrebbero produrre anche nell'ambito della mediazione e non solo nelle aule di Tribunale, come spesso attualmente accade. Gli studi effettuati in materia, in realtà dimostrano, che le vittime, tendenzialmente, hanno maggiori sensazioni positive in termini di superamento dello shock, della paura e generale senso di giustizia ricevuta, nel partecipare a pratiche ristorative piuttosto che essere "seguite" nel corso del processo ordinario.

In particolare Sherman e Strang²¹², nello studio da loro condotto con riguardo agli esperimenti intrapresi in Inghilterra, affermano che la mediazione rende le vittime che partecipano alle pratiche ristorative molto più contente di quelle che non vi partecipano in termini di soddisfazione e senso di giustizia (72% soddisfatti contro il 42% nelle corti). Inoltre, i soggetti intervistati si dichiarano soddisfatti di avere ricevuto il trattamento che hanno avuto (69% contro il 48%). Gli studi dimostrano che per le vittime è, altresì, molto importante ricevere delle scuse (lo afferma il 90% di queste). Tra quelli che hanno partecipato a pratiche di giustizia restaurativa ritengono nel 72% dei casi di essere soddisfatti di averle ricevute, mentre coloro che partecipano al rito ordinario, ricevono delle scuse solo nel 19% dei casi.

La discrepanza diminuisce se si comparano i dati relativi alla 'sincerità delle scuse' (77% chi le ha ricevute in ambito mediatorio contro il 41% in giudizio)²¹³, segno che questo risultato è probabilmente raggiungibile anche nell'ambito delle procedure giudiziarie; ovviamente solo però in quei pochi casi in cui si ottengono delle scuse. Inoltre, vengono ridotti i sintomi post-traumatici ed i sentimenti di vendetta.

Analoghi risultati positivi sono stati riscontrati dall'analisi condotta da Wemmers e Cyr le quali, hanno condotto delle interviste con alcune vittime

²¹¹ Tra gli altri cfr. CIVININI M. G., *Rapporti tra mediazione e processo*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 200-204.

²¹² SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, A Report to the Smith Institute, chapter 9, pp. 95 e ss.

²¹³ Vedi nota precedente per la fonte, i dati citati sono presi come esempio dagli studi condotti nel corso del progetto RISE.

che avevano partecipato a pratiche di mediazione e hanno di conseguenza confermato i risultati di Sharman e Strang²¹⁴.

Quando vengono riferite ipotesi di rivittimizzazione è a causa di un'adeguata preparazione degli incontri. In queste ipotesi, infatti, frequentemente, l'aggressore nega la propria responsabilità provocando l'ennesima frustrazione e delusione in capo alle vittime²¹⁵. Inoltre, questo potrebbe accadere allorché le vittime vengono indotte a partecipare agli incontri prima di esserne pronte²¹⁶.

Braithwaite²¹⁷ riferisce di un'ipotesi seconda vittimizzazione verificatasi a Camberra, riconoscendo, fortunatamente, che questo è stato l'unico caso avvenuto. Il reato in questione, era stato un assalto di un uomo ad una donna e conseguente aggressione con una sua siringa che le era stata infilzata nel braccio determinando il contatto con il suo sangue. La conferenza successiva che ne era seguita non aveva avuto successo e i sentimenti tra le parti si erano deteriorati. Successivamente la vittima aveva trovato una siringa sulla sua macchina ed aveva pensato provenisse dal suo assalitore (anche se non è mai stato provato). Fortunatamente questo caso è stato uno dei pochi citati in letteratura di seconda vittimizzazione.

Di solito i rischi di seconda vittimizzazione sono abbastanza infrequenti e sono comunque evitabili in quanto dipendono molto dall'abilità del mediatore. Infatti, dalle vittime intervistate che non sono rimaste soddisfatte dall'esperienza, emerge che il sentimento di delusione è provocato, nella maggior parte dei casi, dalla persistente negazione da parte dell'assalitore, e dalle modalità in cui si è svolto il rapporto tra le parti²¹⁸. Questo può essere facilmente evitato se il mediatore effettua un adeguato lavoro preparatorio basato su un atteggiamento positivo, efficace ed attento prima dell'incontro,

²¹⁴ WEMMERS J. A., CYR K., *Can Mediation Be Therapeutic For Crime Victims? An Evaluation of Victims' Experiences in Mediation with Young Offenders*.

²¹⁵ WEMMERS-CYR, *op. ult. cit.* pp. 540.

²¹⁶ BRAITHWAITE J., *Restorative Justice & Responsive Regulation*, New York, Oxford University, 2002, pp. 140.

²¹⁷ BRAITHWAITE, *op. ult. cit.*, pp.139.

²¹⁸ SHAPLAND J., *Restorative Justice: the View of Victims and Offenders, the third report from the evaluation of three schemes*, Ministry of Justice Research Series, 3/07, June 2007, in www.justice.gov.uk.

in sintesi un lavoro altamente professionalizzato con le sue procedure e con i suoi tempi.

Di regola i rischi si riducono qualora vengano rispettate le precondizioni di accesso alle procedure ossia, oltre al consenso, vi sia la comune visione circa gli elementi essenziali del reato.

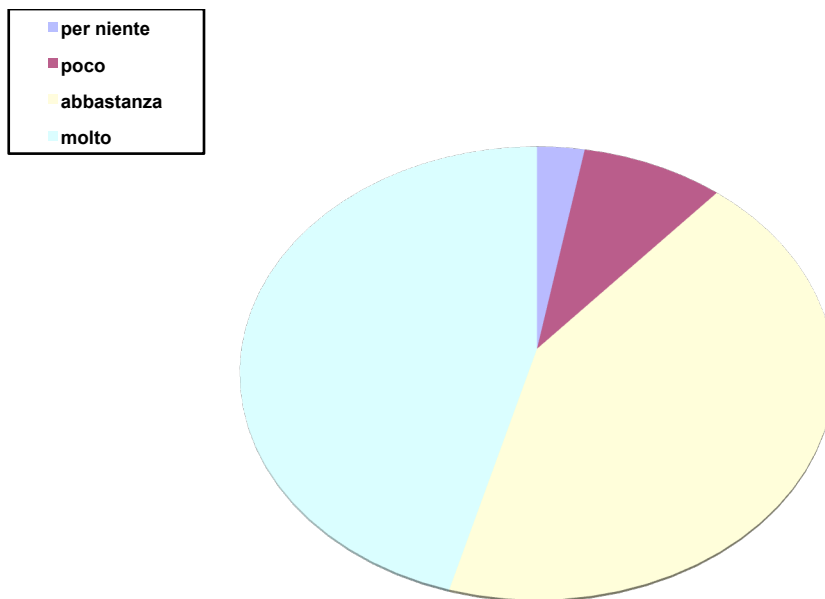
Si può di conseguenza affermare che la mediazione generalmente non ha effetti negativi sulle vittime²¹⁹, anzi, al contrario, ne ha di positivi.

2. Il livello di soddisfazione delle parti

I dati dimostrano che, generalmente, gli intervistati che hanno sperimentato la mediazione sono nella maggioranza dei casi soddisfatti. Il grafico seguente (figura 1) mostra le risposte ottenute.

²¹⁹ WEMMERS J. A., CYR K., *Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims Experiences in Mediation with Young Offenders*, in Canadian Journal of Criminal Justice/ Revue Canadienne de Criminologie et the Justice Penal, n 47, 3 July 2005, pp. 527-544.

Figura 1 Utilità della mediazione²²⁰



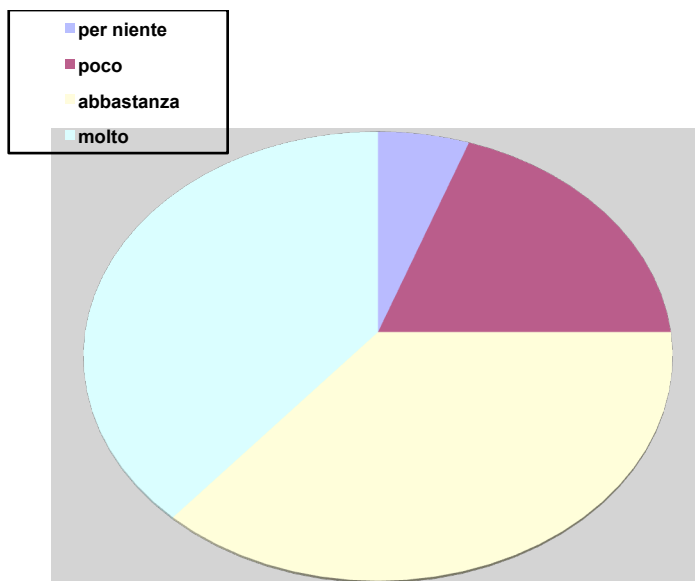
Come si vede dal grafico, quindi, vi è, in questo settore, una generalizzata idea che la mediazione sia utile e, questo pensiero, accomuna sia le vittime che gli autori di reato. Addirittura le vittime risultano molto più contente degli autori di reato nel partecipare a questo genere di esperienza²²¹.

Quest'ultimo valore in particolare dimostra, a nostro parere, il limite di tanti dubbi che alcuni operatori avanzano in relazione alla possibilità che vi sia un'alta possibilità di seconde vittimizzazioni tali da sconsigliare l'uso della mediazione; l'indagine ha invece dimostrato che le vittime, nella maggior parte dei casi, sono molto contente, segno che se le pratiche vengono condotte bene e vi è un'elevata possibilità di rendere le parti soddisfatte. Questo conferma l'idea che, probabilmente, se non si raggiunge alcun accordo e le parti non sono soddisfatte, ciò possa essere addebitato ad una cattiva gestione e preparazione della mediazione più che a cause strutturali. Inoltre le indagini, come si vede dal grafico che segue, dimostrano che le parti ritengono di ricevere maggiore giustizia con le pratiche mediatricie.

²²⁰ Grafico riportato in AZZOLINI M., *L'esperienza della mediazione penale: il lavoro dell'Ufficio di Milano*, in "Mediares", fascicolo 10, 2007, dati relativi all'esperienza del Tribunale di Milano.

²²¹ Cfr. nota precedente.

Figura 2 restituire senso di giustizia²²²



L'immagine riportata, ancora una volta, suggerisce che le vittime siano in percentuale più soddisfatte della procedura in quanto quasi il 40% degli intervistati ritiene di avere ricevuto giustizia con un grado di "molto", anche superiore a quello dei rei (26%). I rei, nella maggior parte dei casi, invece, ritengono di avere avuto giustizia con il grado di "abbastanza" (46%), che è comunque un risultato significativo anche in considerazione del fatto che, generalmente, i condannati in un processo ordinario si lamentano e pensano che vi sia stato un atteggiamento iniquo nei loro confronti e poiché è sempre elevata la sensazione che la sentenza non sia stata giusta.

Infine, per quanto concerne il giudizio sulla mediazione, la maggior parte sia delle vittime che degli autori di reato, ritengono che sia un'esperienza soprattutto utile a "chiarire" (14 vittime e 11 rei) mentre gli altri si esprimono generalmente nel senso che comunque sia stata utile a "risolvere" (8 vittime e 10 rei). Esiste comunque un alto numero di intervistati che ha risposto "altro" (7 vittime e 5 rei).

²²² Stessa fonte citata nella nota precedente.

Il significato di questi studi è comunque limitato perché sfortunatamente i dati che vengono pubblicati sono scarsi e anche il monitoraggio degli esperimenti non è molto significativo dal punto di vista statistico.

Per concludere, si può affermare che generalmente la mediazione abbia un'efficacia positiva sia per la vittima che per l'autore del reato e che è in grado comunque di soddisfare il bisogno di giustizia delle parti. Questo è un dato estremamente significativo se si considera che la maggior parte dei cittadini italiani ritiene di non ricevere giustizia a causa di diversi fattori, tra i quali si possono citare in primis la lunghezza dei processi e, secondariamente, l'enorme quantità di "cifra oscura" di reati che non vengono nemmeno a conoscenza dell'Autorità Giudiziaria. Ovviamente per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, a ciò non si può porre rimedio semplicemente con la mediazione, perché è necessario agire su una quantità di variabili enorme e che comunque esulano dalla presente trattazione. Tuttavia vi è anche una alta probabilità che quella parte di reati che non vengono denunciati perché sussiste sfiducia circa la possibilità di ricevere giustizia, nel senso che ritengono di non vedere mai un epilogo giudiziario, potrebbe venire superata, almeno in massima parte, proprio grazie a queste pratiche.

Il fatto che la mediazione raggiunga l'obiettivo di procurare un senso di giustizia in entrambe le parti, dovrebbe far protendere per un'implementazione di questo istituto.

Inoltre, le parti ritengano che comunque la mediazione sia utile per "chiarire" e per "risolvere". Questo è un dato ancora più significativo perché significa che gli obiettivi che si raggiungono dall'uso di queste pratiche, sono assolutamente positivi. Infatti, immaginate cosa possa voler dire pensare di "risolvere" il reato con tutte le conseguenze che questo comporta? E per di più eventualmente "chiarire"? Sicuramente questi sono degli obiettivi estranei alla giustizia tradizionale che però sono di una rilevanza estrema e meriterebbero di essere approfonditi ulteriormente.

Tutti questi primi dati, seppur ridotti nel numero complessivo, ancora una volta, dimostrano l'utilità di introdurre e implementare le pratiche ristorative nel nostro ordinamento.

3. Quando riesce la mediazione

Occorre a questo punto riflettere su quali sono i fattori che influiscono sulla buona riuscita della mediazione, ricapitolando anche alcuni punti espressi in precedenza ma che qui sono funzionali a determinare con chiarezza quali siano gli elementi necessari sotto questa differente prospettiva.

Abbiamo già esaminato precedentemente il requisito del consenso quale condizione per il ricorso alla mediazione. Questo rappresenta, come si potrà facilmente capire, anche uno degli elementi fondamentali per la buona riuscita della pratica. Infatti, se le parti non sono messe nella condizione di fare effettivamente un percorso interiore, perché non lo vogliono, qualsiasi sia il motivo che le spinge, non si può pensare che abbiano il necessario stimolo e atteggiamento costruttivo per cambiare la situazione di partenza e modificare di conseguenza la relazione che li lega.

Il consenso spontaneo alle pratiche mediatriche è determinante anche sotto un altro profilo, ossia quello di costituire il presupposto perché vi sia la comune visione di entrambe le parti circa l'esistenza del reato e delle modalità in cui esso si è svolto. Abbiamo esaminato anche quest'ultimo elemento in precedenza, ma anche in questo ambito è fondamentale sottolinearne l'ulteriore importanza in relazione ad altri profili. Nonostante la confessione non sia un prerequisito per l'inizio della mediazione, ovviamente, si potrà facilmente ipotizzare una maggiore disponibilità al dialogo ed eventualmente una probabile maggiore speditezza nelle procedure, almeno quelle iniziali di contatto preliminare, se il reo abbia volontariamente confessato il reato. Diversamente, la comune visione sulle modalità di svolgimento del crimine, e, dapprima, sull'esistenza dello stesso, rappresentano non solo una condizione imprescindibile per il buon successo della pratica, ma anche le fondamenta sulla cui base costruire un nuovo percorso. Come abbiamo già sottolineato, infatti, la mediazione è

saldamente ancorata nel presente, mentre il reato è parte del passato e non può in alcun modo essere oggetto della discussione²²³.

Altro elemento che influisce sulla buona riuscita della procedura è dato dalla corretta preparazione dell'incontro in una fase precedente ad esso, ossia quando il mediatore provvede a contattare le parti singolarmente. Questo è un momento molto delicato al quale va prestata estrema attenzione. Infatti, inizialmente, è probabile che le parti siano scettiche o non siano propense ad esperire la mediazione. È compito del mediatore, di conseguenza, istruirle e spiegare compiutamente in cosa consiste la pratica per capire quali siano i problemi che affliggono la persona e tentare di estrapolare gli stati d'animo più remoti e nascosti che spesso rappresentano la chiave di volta per la soluzione dell'*empasse*. Questo è un momento molto delicato che il mediatore è in grado di gestire al meglio solo se ha sufficiente esperienza e capacità di analisi e necessariamente anche un grande tatto. Un ulteriore elemento è quello di non lasciare emergere alcuna forma di giudizio, ma neanche di risultati psicoanalitici: il mediatore non deve lasciare trasparire alcun sentimento, né emozione, né soprattutto devono emergere le sue idee o le sue convinzioni. In particolare, *«egli deve essere in grado - per formazione, competenza e sensibilità personale - di gestire l'insieme di emozioni che gli incontri possono destare, implicando ciò dover trovare una legittimazione (che non esprima parzialità di giudizio) per sentimenti negativi quali la vendetta, la rabbia, la rivalsa»*²²⁴. Infatti, abbiamo visto come il ruolo del mediatore sia quello di una “spugna di gomma” in grado di assorbire, rilanciare e rimbalzare; egli deve essere in grado di percepire le emozioni prima che i diretti interessati stessi le conoscano, agire in quella direzione perché queste emergano, ed, alla fine, aiutare le parti a capire e gestire i sentimenti che sono emersi. Risulta evidente come un ruolo fondamentale per la buona riuscita dell'incontro, sia

²²³ MAZZUCATO C., in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25-26 maggio 2001)*, Giuffrè, 2002.

²²⁴ VEZZADINI S., *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, CLUEB, 2007, cit. p. 175.

svolto dalla figura del mediatore. Egli costituisce il jolly dell'intera procedura, la regina di cuori o il re in una partita a scacchi, l'elemento fondamentale e determinante per la buona riuscita della pratica. Il mediatore agisce quasi come un fantasma, nel senso che agli occhi delle parti, deve rimanere assolutamente passivo e non lasciare trasparire niente, ma nei fatti agisce, seppur in modo nascosto e quasi invisibile, imboccando le parti nella direzione opportuna. La virtù del mediatore è quella di condividere, di stare nel mezzo, di sporcarsi le mani, e dunque non deve essere imparziale. Le Raccomandazioni che impongono l'imparzialità del mediatore lo confondono con il giudice, ma senza però che costui abbia i suoi poteri e le sue prerogative. Il mediatore deve stare tra le parti ed essere in mezzo a loro, non trovare uno spazio neutro ed equidistante. *«Il giudice è nec utrum, né l'uno né l'altro, né questo, né quello, è neutro. Il mediatore deve essere questo e quello, deve perdere la neutralità e perderla fino in fondo, solo così si neutralizza la sua identità rispetto al giudice e si realizza come identità differente rispetto alle parti. Mentre le parti litigano e non vedono il loro punto di vista, il mediatore può vedere le differenze comuni ai contendenti e ripartire da qui operando perché le parti riprendano la comunicazione»*²²⁵. Egli è il *munus* è comune ad entrambe. Solo grazie a questa sua intrinseca parzialità, il mediatore può trovare rimedio al conflitto.

Le competenze del mediatore, dunque, sono tale e tali che è opportuno vengano istituiti degli appositi Centri permanenti di formazione per i mediatori. Sarebbe infatti auspicabile che i mediatori seguissero periodici corsi professionali di aggiornamento che permettessero loro di raggiungere con costanza tutte le abilità necessarie. Il mediatore, infatti, dovrebbe avere un quantitativo di abilità e competenze molto disparato.

²²⁵ RESTA E., *Il diritto fraterno*, Roma, Laterza, 2002, cit. p. 97.

Non concordiamo con chi propende per la scelta di mediatori volontari provenienti da qualsiasi branca del sapere²²⁶ perché riteniamo che i mediatori, stante la delicatezza del ruolo che gli stessi devono svolgere, dovrebbero possedere un sapere specifico ed in continuo aggiornamento. Inoltre, uno dei problemi maggiori che vengono riferiti²²⁷ riguarda il fatto che i mediatori volontari non abbiano una disponibilità, in termini di risorse e di tempo, sufficienti per realizzare un progetto continuativo e lavorare efficacemente con le persone coinvolte nei percorsi mediatori.

Dalle indagini effettuate all'estero²²⁸, emerge che talvolta la mediazione si conclude efficacemente nel corso di mesi, dopo un lavoro svolto dapprima con le parti singolarmente considerate e poi, successivamente, con la vittima ed il reo insieme.

Perché questo percorso possa efficacemente concludersi, è necessario un investimento in termini di energia e soprattutto una continuità non indifferenti. Se il mediatore è un volontario che svolge quest'attività solo saltuariamente, affiancandola a quella che è la occupazione principale, tale cammino non potrà mai realizzarsi completamente, né efficacemente concludersi.

Per avere maggiore incentivo e stimolo nello svolgimento del loro lavoro, a mia opinione, i mediatori dovrebbero essere appositamente professionalizzati ed adeguatamente remunerati. Le Linee Guida esistenti in ambito internazionale²²⁹, prescrivono che le prestazioni debbano essere gratuite dal che se ne deduce che i mediatori non possono essere stipendiati mediante contributi degli assistiti, ovviamente per evitare che chi non ha i mezzi di sostentamento necessari per vivere, non possa nemmeno accedere

²²⁶ Tra gli altri, cfr. SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", n. 3-4, 2001, pp. 129 e ss.

²²⁷ MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

²²⁸ SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007; CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative justice and victim—offender mediation*, Mediation UK, October 2003.

²²⁹ Raccomandazione Consiglio europeo 19/1999 e Basic Principle del 2000.

alle pratiche di mediazione. Tuttavia, non esiste alcuna prescrizione che imponga ai mediatori di essere dei puri e semplici volontari. È imposto, tuttavia, che le retribuzioni non provengano dai privati, ma nessun ostacolo sussiste ad un finanziamento pubblico, statale o regionale che sia.

Dalla previsione di possibili stipendi per i mediatori, ne discenderebbe l'istituzione di una vera e propria figura professionale, che esiste già in altri ambiti, e permetterebbe la realizzazione delle esigenze sopra menzionate della necessità di preparazione professionale e di continuità nella elargizione delle prestazioni. Realizzati questi obiettivi, si potrà anche raggiungere l'ulteriore possibilità ottenere una maggiore diffusione delle pratiche ristorative.

Questi i principali fattori che contribuiscono alla riuscita della mediazione e sui quali occorre porre l'attenzione per ottenere l'obiettivo di implementare la diffusione di queste pratiche.

4. Perché non riesce la mediazione: il caso di Shaun

Dall'analisi condotta nel paragrafo che precede, ne consegue che l'assenza dei fattori indicati, impedisce la realizzazione degli obiettivi della mediazione.

Per verificare come nella sostanza si realizzi l'assenza di un positivo epilogo, basta analizzare il caso che mi accingo a riportare tratto da fonti inglesi poiché nessun testo presente in letteratura italiana cita ipotesi di mancato raggiungimento dell'accordo²³⁰.

Il caso trattato riguarda uno stupro perpetrato da un ragazzo, Shaun, diciottenne ai tempi del reato, ai danni di sua sorella tredicenne. Shaun, per il reato commesso, fu condannato a due anni di detenzione e altri due anni di affidamento al *Probation Service*²³¹. Il caso fu presentato a due mediatori

²³⁰ CROSLAND P., LIEBMANN, *40 cases. Restorative justice and victim-offender mediation*, Mediation-UK, October 2003, caso 39.

²³¹ Il *Probation Service* è un Centro, un Ufficio, che si occupa di seguire i reati nella fase prima dell'emanazione della sentenza ed emana un cosiddetto *Pre-sentence Report* contenente tutte le notizie utili sul reo, ad esempio il suo *background*, le modalità di svolgimento del reato, la carriera criminale etc. ed è funzionale, per il giudice,

che contattarono la madre di Shaun, Sandra e sua sorella, Danielle. Entrambe non avevano più avuto contatto con Shaun da quando era avvenuta la violenza, ma, tutte e due erano desiderose di ripristinare i contatti con Shaun per fargli sapere come si sentivano.

Quando i mediatori parlarono con Danielle, lei espresse il desiderio di comunicare con il fratello per potergli finalmente chiedere il perché delle sue azioni. Inoltre, voleva fargli sapere che gli voleva ancora bene e che lo considerava ancora suo fratello, nonostante quello che lui aveva fatto. Danielle voleva esclusivamente che Shaun si assumesse la responsabilità per il gesto commesso perché questo l'avrebbe aiutata molto a superare il trauma subito. I mediatori successivamente appresero che Danielle voleva comunicare questi sentimenti al fratello anche perché si sentiva colpevole per averlo denunciato e di avergli fatto subire una condanna detentiva.

I mediatori, durante i primi incontri con la ragazza, procedettero a spiegarle attentamente che la mediazione era assolutamente un processo volontario e che sarebbe potuto accadere che Shaun rifiutasse di incontrarla e che, soprattutto, continuasse a negare il reato, con la conseguenza che lei avrebbe dovuto essere preparata, eventualmente, a non sentire ciò che desiderava.

I mediatori incontrarono Shaun nell'ostello del *Support Worker*²³². I membri dello staff riferirono che Shaun era molto stressato e afflitto dalla situazione e dalla condanna e che era anche molto preoccupato di incontrare sua sorella. All'incontro Shaun non negò di avere avuto dei rapporti sessuali con Danielle, ma continuava a sostenere che gli stessi fossero consensuali e che, nonostante in giudizio si fosse dichiarato colpevole, era convinto di non averla stuprata, in quanto, a sua opinione, lei gli aveva mandato dei segnali nel senso di voler consumare il rapporto. In quell'occasione, i

all'emanazione di una sentenza di condanna più consapevole e personalizzata al reo, in modo simile alla funzione che l'art. 133 c.p. svolge nel nostro Ordinamento. Il '*Probation Officer*' segue il reo in tutto il suo percorso.

²³² Questo Centro segue i detenuti durante l'esecuzione nel *Community Work*, ossia rappresenta l'ufficio analogo ai nostri Servizi Sociali che segue il reo nell'espletamento del programma di riabilitazione/recupero del reo.

mediatori spiegarono a Shaun che la mediazione è un processo volontario e quindi spettava a lui la decisione se proseguire o no in quella direzione.

Dopodiché l'attenzione fu focalizzata sull'oggetto del reato; Shaun, diede la sua definizione di stupro, ossia un atto che vedeva coinvolte due parti e in cui una effettua una violenza sull'altra e disse di non ritenersi uno stupratore. I mediatori gli spiegarono che, invece, per aversi una violenza sessuale fosse sufficiente che non si avesse il consenso dell'altra parte senza la necessità che venisse materialmente usata della violenza fisica sull'altra persona; poi uscirono lasciando il ragazzo a riflettere se vi fosse stato il consenso della sorella o meno al rapporto sessuale che avevano avuto.

Nonostante le riflessioni, Shaun rimase sulle sue posizioni e riferì che lui considerava di avere fatto solo una cosa sbagliata, ossia avere fatto sesso con sua sorella. Inoltre, a sua discolpa, affermò che Danielle aveva avuto altri rapporti sessuali con altri membri della sua famiglia.

I mediatori a quel punto spiegarono che lui era stato condannato perché lei aveva dichiarato di non aver acconsentito a fare sesso con lui e che non era determinante ai fini della sua responsabilità se Danielle aveva avuto altre relazioni intra-familiari. Dopodiché i mediatori riferirono a Shaun i colloqui e le informazioni avute dalla madre e dalla sorella e il ragazzo iniziò a piangere. La seduta fu sospesa perché Shaun disse che aveva bisogno di altro tempo per riflettere.

Al secondo incontro il ragazzo disse ai mediatori di riferire alla sua famiglia che lui si era dichiarato colpevole solo per evitare sofferenze ai suoi parenti e perché, diversamente, sua sorella avrebbe dovuto fornire le prove dello stupro e lui non voleva che lei subisse questi stress, però lui non era colpevole, o comunque non si sentiva tale. Voleva inoltre sapere perché sua mamma non era mai andata a visitarlo in prigione. Parlarono dei suoi sentimenti, del dispiacere che provava perché nessuno lo aveva mai visitato durante la detenzione e di come si fosse sentito a scontare la sua condanna detentiva e come fosse degradante quell'esperienza. Successivamente espresse il desiderio di telefonare a sua mamma e chiese ai mediatori se avevano visto il suo fratello più piccolo. Shaun poi disse che non pensava di

essere disposto a incontrare sua sorella e di partecipare alla mediazione perché si vergognava, però voleva che tutti i membri della sua famiglia sapessero che lui li amava e che gli mancavano tanto.

I mediatori decisero che l'incontro con la madre sarebbe dovuto avvenire separatamente perché comunque vi erano dei problemi diversi rispetto a quelli con la sorella.

Riferirono quindi alla madre che cosa aveva detto il figlio e gli diedero un telefono cellulare, con un numero diverso da quello che usava abitualmente per consentirle di contattare il figlio, ma senza che gli altri membri della famiglia ne fossero a conoscenza. Questo fu possibile perché i mediatori riferirono a Sandra che suo figlio aveva pianto, che aveva detto che gli mancava la mamma, che l'amava e voleva sapere perché lei non era andata a trovarlo. La madre, da parte sua, voleva potergli parlare direttamente senza intermediari. Sandra, tuttavia, nonostante il mediatore l'avesse sollecitata a fare diversamente, non accettò di dire a Danielle che aveva un telefono con il quale parlava con Shaun.

Successivamente informarono Danielle di cosa aveva detto Shaun e che lui non voleva incontrarla e che aveva ammesso l'esistenza del rapporto sessuale e che non però riteneva non si trattasse di uno stupro. La ragazza insistette nel volerlo vedere per potergli chiedere perché l'aveva fatto ma il mediatore le spiegò che non era possibile perché lui aveva rifiutato. Così Danielle preparò delle foto da fargli avere, ma i mediatori non glielo permisero perché lei era la vittima dello stupro e, dato che il loro compito era quello di proteggere le vittime, non sarebbe stato possibile che uno stupratore possedesse delle foto della sua vittima. Shaun era molto dispiaciuto ed imbarazzato quando gli chiedevano perché avesse foto di tutti i membri della famiglia tranne di sua sorella.

Una volta eseguita e quindi terminata l'espiazione della condanna, gli fu dato un telefono con il quale poteva parlare con la madre, non con la sorella però, e di ciò fu molto contento.

In questo caso, come si può vedere, la mediazione non è riuscita, almeno per quanto riguarda il desiderio espresso dalla vittima diretta ed è stato solo

merito dei mediatori evitare che la situazione portasse ad una seconda vittimizzazione che si sarebbe verificata nel caso si fosse comunque proceduto con un incontro “faccia faccia”. Inoltre, i danni sono stati attenuati grazie al fatto che i mediatori avevano in precedenza preparato la vittima all’eventualità che l’incontro potesse non verificarsi laddove il fratello lo avesse rifiutato o nell’ipotesi in cui non avesse ammesso quanto lei si aspettasse.

La concordanza circa gli elementi del reato, come abbiamo verificato anche grazie a questo esempio molto significativo, costituisce un requisito imprescindibile per evitare seconde vittimizzazioni e ulteriori sensazioni di disagio. Infatti, come visto in questo esempio, i mediatori hanno dedicato molta attenzione per cercare di ottenere un’uniforme visione delle parti circa l’oggetto del reato e non essendosi mai arrivati ad un punto di partenza comune, non è stato possibile procedere con la mediazione in quanto, in questo caso, il ragazzo era fermamente convinto di non aver commesso alcun reato.

È nostra opinione ritenere che in un caso come questo sarebbe stato opportuno verificare quali fossero i meccanismi psicologici/mentali che nel ragazzo avevano portato a fraintendimenti circa i messaggi subliminali che la sorella secondo lui gli aveva mandato prima e/o durante l’atto criminale, poiché probabilmente, in futuro, gli stessi potrebbero riportare ad analoghe situazioni anche con altre persone.

Come abbiamo visto, tramite il lavoro che sta dietro e si svolge prima della mediazione, si possono scoprire molti fattori relativi al carattere del reo, alle sue abitudini ed ai suoi problemi ed eventualmente, agendo e lavorando sugli stessi, anche con l’aiuto di psicologi, si potrebbe ottenere molto di più in termini di lotta contro la recidiva²³³. Ovviamente non si può pensare che

²³³ Vi sono, per esempio, delle ipotesi di affezioni psicologiche, che in termini penalistici non alterano la capacità di intendere, nel senso di capire il significato delle conseguenze delle proprie azioni, e di volere, ossia desiderare un determinato seguito rispetto ai propri desideri, ma che tuttavia dipendono da diversi fattori e cause che, se indagate, potrebbero evitare future ricadute nel reato.

questo valga per tutti i rei e per tutti i reati, però è una possibilità che sarebbe opportuno esplorare.

Il lavoro dei mediatori risulta quindi fondamentale e solo l'esperienza e la sapiente gestione della situazione permettono di risolvere le problematiche connesse al reato in un modo fattibile e comunque aprendo degli spiragli per un possibile ulteriore miglioramento delle relazioni familiari per il futuro.

Capitolo III

Case Studies

In questo capitolo analizzeremo diversi casi²³⁴ pratici al fine precipuo di verificare concretamente con quali modalità operi la mediazione.

Il capitolo è diviso secondo le varie fasi processuali nelle quali la mediazione è espletata nell'ordinamento inglese. La scelta si giustifica al fine di far comprendere compiutamente l'ampiezza delle possibilità che esistono in relazione a tale istituto. Come noto, nel nostro sistema non esiste un'analoga possibilità ed è per questo motivo che si è optato per l'analisi di un sistema di *common law*.

L'analisi, inoltre, permetterà di percepire altresì che la mediazione è esperibile anche per le offese più significative, poiché è compatibile anche con la giustizia tradizionale e con il processo ordinario. È evidente, infatti, che quando il reato è particolarmente significativo non si può pensare di uscire totalmente dalle maglie del processo. In questi casi, dunque, è possibile ricorrere alla giustizia ristorativa nel corso dell'esecuzione della pena o prima di ritornare in libertà.

²³⁴ I casi riferiti sono tutti presi da CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative Justice and Victim Offender Mediation*, Mediation UK, October 2003.

1. *Not Prosecution/Diversion*

Quando la mediazione viene svolta prima dell'invio del caso al *Crime Prosecution Service*, le pratiche stesse vengono definite di *not prosecution o diversion* perché non vi è l'esercizio dell'azione penale vera e propria da parte del Pubblico Ministero. Svolgere la mediazione in questi momenti non solo è possibile ma anche opportuno in quanto permette di responsabilizzare il reo nonostante non si proceda con le vie giudiziarie ordinarie.

Il caso²³⁵ che mi accingo ad esporre concerne un'ipotesi che rientra nella categoria più generale dei conflitti di vicinato. In Inghilterra è frequente e opportuno l'uso della *restorative justice* per risolvere questa tipologia di conflitti che hanno propriamente una valenza di tipo privatistico e per ciò stesso, generalmente, non necessitano di un intervento della giustizia ordinaria. L'uso della mediazione in queste ipotesi è utile perché permette di risolvere i contrasti in modo pacifico e soprattutto perché aiuta a ripristinare il dialogo e le relazioni di vicinato funzionali anche per ricucire i legami sociali in un settore in cui tale obiettivo è di fondamentale importanza.

La disputa in questione sfociò una sera quando Simon tirò un pugno al suo amico e vicino di casa Zoe e, con il suo gesto, gli provocò un taglio significativo che fu curato con alcuni punti di sutura. Da quel giorno la famiglia di Simon subì pressioni e derisioni da tutto il vicinato. A causa di questi continui schernimenti vi fu un altro episodio di violenza tra Simon e il fratello di Zoe. Successivamente, a causa del dissidio determinato da questa situazione, vi furono altri casi di brutalità tra Simon ed amici comuni. Questa volta Simon ruppe il naso al ragazzo. In entrambe le occasioni non vi fu alcuna denuncia ma la polizia fu chiamata frequentemente per calmare gli animi e fermare le continue e pesanti discussioni che si susseguivano continuamente.

²³⁵ Case 1 in CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative Justice and Victim Offender Mediation*, Mediation UK, October 2003.

Il caso fu inviato al *YOT (Youth Offending Team)* che procedette a indire la seduta di mediazione. Alla fine della conferenza fu raggiunto un accordo e non vi furono più episodi di violenza nonostante il livello di tensione rimase alto per un lungo periodo.

Questo esempio è estremamente utile sotto diversi profili.

Innanzitutto può essere analizzato sotto il profilo dei costi. La procedura è durata complessivamente undici settimane. Di queste, 19 ore sono state svolte da un mediatore professionista che ha ricevuto un compenso per il lavoro svolto e le altre 13 ore sono state seguite da un volontario non retribuito. La procedura è stata effettuata durante la fase delle indagini di polizia, prima che Simon fosse arrestato e questo ha permesso di risparmiare un enorme quantitativo di denaro. Infatti, operando diversamente, sarebbero stati coinvolti, la polizia, il *Victim Support*, il Servizio Sanitario Nazionale, le Corti, il *YOT*, oltretutto vi sarebbero state le spese del processo e della procedura, comprensive di tutti i soggetti che in questo caso sarebbero stati coinvolti.

Secondariamente, vi è stato un risparmio di tempo enorme, un complessivo sgravio sull'apparato giudiziario complessivo, oltre che un'accelerazione dell'intera procedura con un maggiore quantitativo di energie e risorse disponibili per casi più significativi o che comunque non possono essere altrimenti risolvibili con le vie straordinarie offerte dalla mediazione. Questo dato è estremamente significativo ed importante e merita alcune riflessioni ulteriori. Le idee che stanno alla base della mediazione, come dovrebbe essere già emerso nel corso della trattazione, sono diverse. Innanzitutto, vi è una particolare attenzione verso la vittima e i suoi bisogni, ma anche il tentativo di cercare una soluzione della controversia condivisa da entrambe le parti al fine di essere più efficace del carcere e delle sanzioni ordinarie. Tale obiettivo, in questo caso, è stato sicuramente raggiunto perché grazie alla conferenza si è evitato che la situazione precipitasse ulteriormente verso una violenza incontrollata, come sembrava stesse per accadere. Infatti, l'aggressività stava esplodendo gradualmente

verso un imprevedibile epilogo mentre, grazie alla mediazione, la situazione si è sbloccata in un finale opposto: la tranquillità.

Quando la *restorative justice* viene praticata in queste fasi della procedura si cerca di raggiungere un ulteriore obiettivo: deviare le questioni meno gravose e significative dalla giustizia ordinaria, per raggiungere un duplice traguardo: i) accelerare la soluzione di questi casi grazie all'utilizzazione di un procedimento snello che ne permetta la più veloce e positiva conclusione; ii) evitare di sovraccaricare le aule di tribunali di quei crimini che possono essere risolti in altro modo. Lo stesso principio induce il Legislatore, ad esempio, in Italia, a depenalizzare alcuni reati per trasformarli in illeciti amministrativi e ad introdurre la giurisdizione del giudice di pace. Utilizzare la mediazione in queste ipotesi, in luogo delle soluzioni appena prospettate, a mia opinione, sarebbe ancora più efficace. Infatti, dalla depenalizzazione di un reato ne consegue automaticamente una perdita di valore di quel fatto. Nonostante la funzione di deterrenza del precetto penale non abbia avuto molto successo nel corso della storia, nel senso che i traffici criminali sono sempre risultati più attraenti, tuttavia, la depenalizzazione comporta la perdita definitiva e totale anche di quella minima dissuasione che le sanzioni penali possono provocare nella popolazione. La giustizia del giudice di pace, inoltre, non è fin'ora riuscita a realizzare i risultati sperati. Infatti, la situazione attuale è nel senso di un uso di tale strumento solo per questioni poco significative e soprattutto non riesce a sveltire le procedure perché anche questi procedimenti subiscono le lungaggini ed i difetti della burocrazia generale. La mediazione potrebbe agire nelle due modalità appena esemplificate. Permetterebbe un totale risparmio di energie e di denaro andando a chiudere la controversia in uno stadio estremamente iniziale che è quello delle indagini preliminari, oltretutto produrrebbe significativi benefici in capo alle vittime e ai rei. Soprattutto immaginiamo ottimi risvolti con i rei minori o adulti alla prima offesa. La mediazione, come abbiamo già approfonditamente esaminato, è un processo di estrema responsabilizzazione dei rei. Se la si inserisse in questa fase iniziale della procedura sarebbe fondamentale perché potrebbe

anche insegnare ai rei il reale significato del loro gesto senza metterli in contatto con il controproducente, almeno in questi casi, ambiente carcerario e processuale (mi riferisco alle frustrazioni e alle demonizzazioni che conseguono ad essere indagati per un reato anche a causa dell'opinione pubblica che contribuisce a creare queste stigmatizzazioni). Riflettere su queste possibilità non solo è una facoltà ma quasi un dovere.

2. Reprimand e Final Warning

Il *Reprimand* ed i *Final Warning* sono, come abbiamo già esaminato in precedenza, due sanzioni che la polizia può emettere nei confronti dei minori evitandogli così il processo ordinario, essendo due strumenti che chiudono definitivamente la procedura. Il *Reprimand* viene emesso quando il minore è alla prima offesa, il *Final Warning*, invece, viene emesso dopo la seconda offesa. In queste ipotesi la polizia è solita esperire la mediazione al fine di responsabilizzare il minore ed evitare, se possibile, che recidivi.

Il luogo più frequente in cui i giovani compiono reati è la scuola, spazio in cui spesso nascono delle risse, i ragazzi si offendono o aggrediscono i compagni. L'utilizzo della mediazione per risolvere questo tipo di conflitti è frequente e particolarmente efficace anche perché evita che tali problemi si ripresentino nuovamente in quanto cerca di agire alla radice della questione che ha scatenato la controversia. Ad esempio Colin, che frequentava la stessa scuola di Gareth, un giorno lo colpì con un martello, a seguito di continui "stuzzicamenti" tra i due che evidentemente non si stavano molto simpatici. Colin fu sospeso per il gesto commesso, ma quando tornò a scuola, nonostante che con la precedente aggressione non avesse provocato danni fisici al compagno, fu seriamente aggredito e colpito ripetutamente da Gareth, diventando a sua volta la "vittima della vittima". Nonostante ciò solo Colin fu sanzionato con il *Reprimand* dalla polizia per il gesto compiuto. Colin si sentiva frustrato e riteneva che non vi fosse giustizia perché l'altro ragazzo non aveva subito alcuna conseguenza per il suo gesto. La mediazione che ne seguì fu fondamentale. Alla procedura partecipò anche del capo degli insegnanti, presenza di nodale importanza in quanto

permise di spiegare ai ragazzi il perché dei differenti tipi di sanzioni così da renderle più accettabili e comprensibili ai due giovani.

Secondariamente, Colin e Gareth riuscirono a spiegare ciascuno il perché del proprio rancore dell'uno verso l'altro, elemento fondamentale per superare e per poter definitivamente chiudere il conflitto che li legava. Questo risultato è stato raggiunto anche perché i ragazzi hanno potuto capire che il loro grave gesto aveva colpito altre persone che si trovavano accanto a loro e che soffrivano perché spaventate dai due duri atti di violenza e necessitavano, di conseguenza, rassicurazioni. Senza la mediazione probabilmente le vendette reciproche sarebbero continuate a lungo. Grazie alla mediazione, invece, ora i due ragazzi possono stare nello stesso ambiente senza aggredirsi a vicenda.

Non ripeteremo nuovamente le considerazioni svolte nel paragrafo precedente circa lo sgravio di tempo, di costi e i benefici raggiunti tramite l'uso di conferenze ristorative in luogo della procedura ordinaria e del carcere, che tuttavia sono vevoli anche in questa sede.

Un ulteriore esempio può essere emblematico. In un pomeriggio assolato tre giovani ragazzi sedevano annoiati davanti ad una Chiesa e giocavano con una catapulta. Lanciarono un po' di sassi contro l'edificio rompendo alcune vetrate del luogo di culto e scrissero successivamente commenti ingiuriosi e offensivi sui muri dell'edificio stesso. Il curato, vedendo i ragazzi, chiamò la polizia che li punì con un *Final Warning*. Fu proposta al curato e al priore la mediazione e costoro accettarono entusiasti, perché erano desiderosi di spiegare ai ragazzi come si sentivano e qual'era stato l'impatto del loro gesto sulla vita della comunità locale. Il giardino di fronte alla Chiesa, infatti, era l'unico spazio verde di tutta la città ed era usato abitualmente dai bambini come parco giochi, oltreché come consueto luogo di culto. Il crimine aveva ferito profondamente gli abitanti del quartiere che non si sentivano più sicuri nello spazio che fino al quel momento era stato il loro rifugio e riparo.

Fu indetta la conferenza che fu estremamente positiva al punto che si concluse con il desiderio dei ragazzi di fare qualcosa per riparare al danno

causato. Così il curato propose loro di lavorare la terra. Per un giorno lavorarono duramente e alcuni cittadini poterono vedere cosa i ragazzi stavano facendo per risarcire i danni arrecati e cercare di riparare alle offese prodotte con il loro gesto. Questo permise ai giovani di essere reintegrati nella comunità in quanto riuscirono a dimostrare di essere sinceramente pentiti dei reati commessi e di aver usato tutte le loro forze per attenuare le conseguenze dell'offesa.

Due dei tre ragazzi non hanno più avuto alcun problema con la giustizia. Il terzo, invece, è venuto nuovamente in contatto con la polizia ma ciò a causa dei problemi che ha avuto nel corso della sua vita successiva essendo nel frattempo diventato un barbone.

L'analisi di questi due casi²³⁶ è particolarmente esemplificativa per capire le potenzialità che esistono nell'utilizzare la mediazione in queste fasi della procedura. Nel nostro Ordinamento la polizia non gode delle medesime possibilità in quanto ha poteri di azione estremamente limitati e certamente molto minori di quelli che ha la *Metropolitan Police*.

I conflitti a scuola o le "bravate" dei ragazzi sono estremamente frequenti e ripetute nei giovani. L'ambiente scolastico è difficile e può sfociare in comportamenti incontrollati a causa delle pressioni continue che sono prodotte dall'influenza dei compagni, degli insegnanti e della famiglia. Introdurre la mediazione nei conflitti scolastici permette di risolvere questi problemi, almeno la maggior parte di essi. Le conferenze, infatti permettono di comprendere quali siano i disagi e le sofferenze che stanno alla base di un gesto che poi ne rappresenta l'esemplificazione esteriore. La *restorative justice*, come abbiamo già detto, può aiutare a sbloccare le situazioni permettendo un felice epilogo della questione anche al fine di evitare la recidiva ed il proliferare dei conflitti in quanto, agendo alla base delle questioni per cercare di comprenderne le radici profonde di un reato, cerca di porre un freno definitivo alla questione. Questo non accade se si seguono le vie ordinarie, in quanto i conflitti sono trattati da un terzo imparziale che

²³⁶ Casi 4 e 10 CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative Justice and Victim Offender Mediation*, Mediation UK, October 2003.

dispone, dall'alto della sua superiorità e "saggezza", una sanzione. La pena che viene comminata alla fine del giudizio non comprende il perché di un gesto e, soprattutto, non offre la giusta soddisfazione alla vittima né permette al reo di capire effettivamente la gravità della sua azione. Se poi accade che la controversia scaturisce a seguito di continue provocazioni, o come nel caso citato sopra, la vittima diventa a sua volta reo ma per questo gesto non viene sanzionata, la pena non sarà in alcun modo comprensibile e spesso non porrà fine alle liti causando, al contrario, il proliferare ulteriore della violenza. Per questi motivi che in conflitti delicati come quelli che si verificano nell'ambiente scolastico sarebbe opportuno incrementare sempre di più l'uso della mediazione in luogo della giustizia ordinaria.

Nel caso in cui i giovani commettano delle "bravate", come ad esempio è avvenuto nel caso della Chiesa, la mediazione è fondamentale perché permette di spiegare ai ragazzi le implicazioni delle loro azioni in quanto, frequentemente, costoro non si rendono conto della gravità del loro gesto, o hanno dei problemi con i genitori che non se ne occupano abbastanza e quindi vogliono attirare la loro attenzione o non hanno la dovuta educazione, oppure non hanno la maturità sufficiente per comprendere quello che fanno. Piuttosto che processarli, in questi casi, è estremamente utile responsabilizzarli al fine di spiegare loro il significato del loro gesto e prendersene cura. Così facendo si potrà evitare che in futuro i ragazzi commettano ulteriori errori. Ovviamente non sempre questo accade, ma in molte ipotesi si verifica.

In Italia, purtroppo, stante l'intasamento cronico della giustizia, questo genere di gesti non solo rimane senza punizione, che non sarebbe di per sé un male, ma piuttosto rimane privo di qualsiasi attenzione da parte delle Istituzioni. I fondi non sono abbastanza e neppure il personale è sufficiente. Proprio per queste ragioni implementare le ipotesi di mediazione permetterebbe di assicurare maggiore giustizia alle vittime (anche perché nell'ipotesi contraria non ricevono alcuna forma di giustizia) oltreché raggiungere un altro fondamentale obiettivo, ossia di responsabilizzare i reati cercando di evitare altresì la ricaduta nel reato.

3. Preparation of Pre-Sentence Report

La mediazione che viene esperita in questa fase è particolarmente significativa perché permette al giudice di emettere una sentenza più consapevole in quanto, in questa ipotesi, il magistrato è a conoscenza dell'accordo ristorativo raggiunto e può utilizzarlo quale ulteriore elemento per stabilire la punizione più opportuna per il reo.

La conferenza di mediazione che ne consegue viene indetta dopo la dichiarazione di colpevolezza del reo e prima che il giudice decida la pena da comminare. Quando il Magistrato ritiene di sanzionare il colpevole con un *Community Order* espone il caso, in una fase antecedente all'emanazione della sentenza conclusiva del giudizio, al *Probation Officer* perché venga elaborato il cosiddetto *Pre-Sentence Report*, ossia un documento, come abbiamo già visto, che contiene tutte le informazioni relative al reo, compreso, eventualmente, l'accordo ristorativo raggiunto, e funzionale alla scelta della sanzione più opportuna.

Florence Smith²³⁷, la vittima, stava tornando a casa dopo aver fatto alcuni acquisti quando fu aggredita da due ragazzi che le rubarono la borsa e la colpirono ripetutamente. L'incidente lasciò la signora, che era ormai anziana e quindi maggiormente impressionabile, estremamente scossa e shockata dall'accaduto, tanto che un suo vicino di casa iniziò a prendersene cura.

I due assalitori, Brian e Ian, rispettivamente di 14 e 15 anni, furono arrestati e condannati per il crimine commesso.

Solo Ian fu riferito al *Family Group Meeting* (Istituzione che si occupa di seguire i giovani rei nel percorso di mediazione) prima della sua comparsa davanti alla Corte. Il ragazzo, inizialmente si era dichiarato non colpevole e, solo in un successivo momento, egli aveva ammesso la propria responsabilità. Questo comportamento aveva provocato un ulteriore trauma

²³⁷ Caso 12 in CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative Justice and Victim Offender Mediation*, Mediation UK, October 2003.

nella vittima, in quanto Florence era stata costretta anche a subire l'infelice e tormentoso compito di un'estenuante procedura di riconoscimento del suo assalitore. Nella mediazione che ne era seguita, il ragazzo spiegò che si era dichiarato non colpevole perché si vergognava del crimine commesso e, inoltre, non voleva che i suoi genitori ne venissero a conoscenza. Tuttavia, quando apprese la sofferenza che il reato aveva provocato nella vittima e quali ulteriori afflizioni ne erano seguite a causa del fatto che non si era assunto le proprie responsabilità immediatamente, si rammaricò tantissimo e capì cosa una semplice scelta, presa senza troppi riflessioni, può causare nelle altre persone. Grazie a queste consapevolezza Ian promise a se stesso che non avrebbe più fatto niente di simile. Tuttavia, essendo Ian stato riferito al *Family Group Meeting* prima della sua comparsa davanti alla Corte e visti i risultati raggiunti dall'incontro con Florence (la vittima), il ragazzo, una volta in Tribunale, si dichiarò colpevole, cambiando totalmente il suo atteggiamento precedente (ricordiamo infatti che nella prima fase si era dichiarato non colpevole).

La conferenza con Brian, invece, fu molto più lineare e semplice stante il fatto che il ragazzo aveva da subito capito la gravità del reato commesso e se ne era immediatamente pentito.

Il caso appena riferito è in parte anomalo nella sua particolarità in quanto, solitamente, la mediazione viene esperita solo quando le parti si dichiarano colpevoli immediatamente. In questo caso, invece, la vittima, dopo aver riconosciuto il suo aggressore, ha voluto incontrarlo ugualmente per spiegargli le sue affezioni e nonostante costui si fosse dichiarato, in un primo momento, non colpevole²³⁸.

²³⁸ In Inghilterra vi è un grosso incentivo a dichiararsi colpevoli, in quanto, solo se appunto vi è un *plea guilty* si può avere un notevole sconto di pena. Anche la mediazione può essere di regola esperita solo in caso di ammissione di colpevolezza. Il processo in quell'Ordinamento è bifasico e, dopo una prima fase deputata all'ammissione o meno della propria responsabilità (o alla verifica della responsabilità in caso di dichiarazione di innocenza), la seconda è dedicata alla determinazione della pena. Se il reo si professa innocente e, all'esito del processo si verifica la penale responsabilità dello stesso, la condanna sarà più significativa a causa dell'aggravio di tempo causato alla procedura.

A ben vedere, la mediazione non è ammessa in queste ipotesi non solo perché vista come incentivo solo per quanti affermino la propria responsabilità, ma altresì poiché,

Nella sua particolarità e unicità, questo esempio è estremamente significativo. Come si può facilmente osservare, infatti, i desideri della vittima sono stati a tal punto assecondati dai mediatori, andando addirittura a rinnegare i principi cardine del sistema inglese — nonché quelli della mediazione, con grossi rischi in termini di seconda vittimizzazione — che è stata consentita una mediazione anche con un assalitore che si rifiutava di vederla²³⁹. Probabilmente questo *modus operandi* è stato favorito anche dalla minore età del ragazzo che spinge sempre ad avere cautele maggiori, oltreché dalla volontà fortemente marcata e determinata della vittima, senza la quale, ovviamente, nulla è — e sarebbe stato — possibile.

L'esito positivo della mediazione ha anche permesso un ulteriore risultato, ossia che Ian si dichiarasse successivamente colpevole e che, per questo, ricevesse la stessa sentenza di Brian.

Dal caso esaminato, emerge chiaramente l'utilità di esperire la mediazione in una fase così iniziale del processo, che permette altresì di volgere e cambiare rotta rispetto a quanto si prospetta all'inizio di un caso.

Favorire la mediazione in tutte le ipotesi in cui le parti lo chiedono e lo vogliono è fondamentale. Infatti, se vi è la volontarietà di un incontro, è facile che questo abbia esito estremamente positivo. Ovviamente tale soluzione è più facile in un Ordinamento, come quello inglese, in cui non esiste l'obbligatorietà dell'azione penale.

diversamente, difetta uno dei prerequisiti che sono imprescindibili per il ricorso a tali pratiche, che, come abbiamo visto, è la concordanza sulle modalità di realizzazione del reato. In Inghilterra l'85% dei rei si dichiara colpevoli. Per un approfondimento cfr. AA.VV., *The Oxford Handbook of Criminology*, third edition, Oxford University Press, 2002; GAILLY P., *Restorative justice in England and Wales*, PDF document; MARSHALL T., The evolution of restorative justice in Britain, in 'European Journal on Criminal Policy and Research', volume 4, fascicolo 4, 1997; Mc LAUGHLIN E., MUNICIE J., *The sage dictionary of criminology, restorative justice*, second edition, Sage Publication, London, 2006; WALGRAVE L., *Restorative Justice and the Law*, William Publishing, Davon, 2002.

²³⁹ Il buon esito che la mediazione ha avuto in questo caso, nonostante la mancanza di una delle precondizioni necessarie ad esperire gli incontri, evidenzia un sapiente lavoro dei mediatori che hanno preparato la procedura con una tale accortezza da evitare qualsiasi rischio. Ciò evidenzia ancora una volta la fondamentale importanza del ruolo e della figura dei mediatori.

4. Serving a Community Sentence

La *Community Sentence* è quella tipologia di sentenza che rientra nell'ampio concetto di *Community Order*. Questo genere di provvedimenti può includere una svariata tipologia di attività che il reo deve compiere ed è generalmente molto utile ai fini della rieducazione completa del reo stesso. In questi casi, esperire la mediazione in aggiunta al programma di recupero può permettere il raggiungimento di maggiori risultati, in quanto comporta una completa responsabilizzazione del reo, utile ai fini di un suo definitivo reinserimento nella società, anche in vista della lotta alla ricaduta nel reato.

Il caso²⁴⁰ che ci accingiamo a descrivere è particolarmente emblematico. Un ragazzo di 13 anni aveva commesso un furto in una casa in cui viveva una famiglia composta dai genitori e da due bimbi di 7 e 11 anni ed aveva subito, per il crimine commesso, una sentenza di 9 mesi di *Referral Order*²⁴¹. Il ladro era entrato dalla finestra della camera da letto dei bambini portando via alcuni giocattoli, un registratore, la *playstation* ed alcuni altri oggetti dalla camera. I bambini erano rimasti profondamente traumatizzati dal gesto tanto che non volevano più dormire nella camera che era stata oggetto del furto e non volevano più restare al buio.

Alla conferenza che ne era seguita, alla quale aveva partecipato il giovane reo ed il padre della famiglia derubata (la madre era troppo nervosa all'idea di incontrare il suo assalitore), emersero le rispettive emozioni e posizioni. In particolare, il ladro raccontò di avere derubato la loro casa perché era la prova che doveva affrontare per poter entrare in una *gang* del luogo e mostrava semplice indifferenza rispetto al fatto commesso. Quando però la vittima iniziò a raccontare cosa il reato aveva provocato in lui e in tutta la

²⁴⁰ Caso 21 in CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative Justice and Victim Offender Mediation*, Mediation UK, October 2003.

²⁴¹ Come si ricorderà il *Referral Order* è un provvedimento che viene emesso nei confronti dei minori di età compresa tra i 10 e i 17 anni che si dichiarano colpevoli e sono al primo reato. In particolare, il caso viene riferito al *Youth Offender Panel* perché stili un programma con il ragazzo che dovrà essere rispettato da quest'ultimo per ottenere l'estinzione del reato. Tra le attività che deve svolgere sono incluse anche la riparazione della vittima dopo un incontro con la stessa. Trattasi di un provvedimento simile a quello che accompagna la messa alla prova nel nostro Ordinamento.

sua famiglia, il ragazzo pianse ed espresse il più profondo rimorso e chiese di poter incontrare i bambini. Alla fine dell'incontro, il ragazzo scrisse una lettera per i bambini al fine di tranquillizzarli sul fatto che lui non era un mostro e per scusarsi. Il reo strinse la mano al papà vittima e si salutarono con un "ciao".

Il caso è stato estremamente positivo perché la mediazione ha permesso al giovanissimo reo di capire profondamente la gravità del suo gesto e le implicazioni che questo ha avuto sulle persone che lo avevano subito, nonostante lui avesse compiuto il fatto in modo estremamente superficiale. L'utilità delle pratiche ristorative in questa fase va anche comparata e ribilanciata alla luce delle potenzialità che riveste la tipologia di sentenza che può venire in questi casi comminata. Infatti, senza una procedura come quella che scaturisce a seguito dell'emanazione del *Referral Order* non sarebbe mai stato possibile raggiungere questo genere di obiettivi. Il *Referral Order* è, come noto, uno strumento fondamentale perché estremamente flessibile, nonché utile per cercare di fare qualcosa di positivo per il giovane reo: lo stesso è passibile di essere riempito con qualsiasi contenuto, permettendo al reo di ristorare il danno che ha arrecato alla vittima, nonché di realizzare attività utili per il suo reinserimento sociale.

Naseem e Rayan²⁴² erano due compagni di scuola. Rayan aveva una situazione familiare terribile in quanto suo padre era stato condannato per aver tentato di uccidere sua mamma e la loro casa era stata messa in vendita all'asta. Rayan aveva ideato un modo illegale per aiutare la sua famiglia dal dissesto economico in cui si trovava e aveva chiesto aiuto al suo compagno e amico Naseem. Naseem inizialmente era contrario all'idea, ma, successivamente, si fece convincere. Il piano era di derubare un negozio. Quando il proprietario era rimasto solo e senza altri clienti all'interno dell'esercizio commerciale, i due giovani erano entrati e, afferrando un coltello e una pistola, gli avevano intimato di consegnargli i soldi. Il

²⁴² Caso 24 in CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative Justice and Victim Offender Mediation*, Mediation UK, October 2003.

padrone aveva rifiutato e aveva chiamato la polizia. I ragazzi erano scappati, ma erano stati, quasi immediatamente dopo, catturati dalla polizia. La conferenza era stata indetta quattro giorni prima di Natale e si era conclusa in modo talmente positivo che il negoziante aveva regalato dieci sterline a ciascun ragazzo come presente per Natale e li aveva invitati nel suo negozio a prendere un tè con le rispettive madri.

L'esempio citato è estremamente significativo perché denota chiaramente quale genere di sensazioni possano scaturire dalla mediazione, tanto da concludersi con la vittima che fa un regalo ai rei. Ciò è possibile poiché durante l'incontro emergono le storie delle parti, emerge eventualmente che il reo è stato a sua volta vittima, vittima della vita, vittima degli eventi, vittima di tante situazioni che possono averlo portato a commettere un reato. Queste informazioni ovviamente non entrano nel processo ordinario, sia perché non c'è abbastanza tempo per indagare tutte le affezioni ed emozioni che le parti coinvolte possono avere provato, sia perché non interessa, in quanto oggetto del giudizio è solo il fatto di reato e niente più. Dall'esame di questi esempi emerge chiaramente come invece tutti gli elementi possano essere importanti per capire il perché, per capire un gesto, una situazione e per risolverla.

Sembrerà, a chi legge, che se si introducesse la mediazione, le procedure, già lunghe, diverrebbero di conseguenza infinite; invece, si tratta di usare il tempo in un modo più positivo, più utile e più costruttivo. Si tratta di riallocare, cioè, le risorse esistenti in un modo diverso, non di spendere ulteriori energie, non di spendere energie che non ci sono o che difettano.

5. Serving a Custodial Sentence

In Inghilterra non è un'ipotesi infrequente che venga esperita la mediazione anche per le offese più significative che necessitano di una sentenza custodiale. Gli studi effettuati, tra i quali quelli esaminati nei capitoli precedenti, hanno proprio dimostrato che la giustizia ristorativa è ancora più utile quando il reato è grave in quanto affligge maggiormente la vittima e il beneficio che questa riceve dalla mediazione, di conseguenza, è maggiore.

In questo paragrafo esamineremo tre casi estremamente significativi e d'impatto perché riguardano reati molto gravi.

Il primo caso²⁴³ concerne un omicidio colposo commesso da un ragazzo di 17 anni, Jimmy, ai danni di un suo amico e coetaneo, Gary. Jimmy, in particolare, aveva avuto una colluttazione con la vittima dalla quale ne era scaturita la morte di quest'ultima ed era stata perpetrata a casa della nonna di Gary. Quando la nonna era tornata a casa e aveva trovato l'ambulanza che trasportava il corpo del nipote era rimasta particolarmente sconvolta dall'accaduto.

La zia Eileen si era occupata di rappresentare la famiglia in giudizio perché gli altri componenti del nucleo domestico erano troppo sconvolti dall'accaduto. Inoltre, Sharon, la sorella della vittima, era anche la fidanzata del reo. Jimmy aveva provato a mettersi in contatto con Sharon inviandole delle lettere durante il suo periodo di permanenza in prigione.

Il fatto che la relazione tra i due potesse continuare, preoccupava profondamente gli altri membri della famiglia. Eileen, in particolare, voleva contattare Jimmy per scoprire se aveva ancora una relazione con sua nipote. I mediatori, a tal fine, le avevano suggerito di inviargli la lettera che lei gli aveva scritto tanto tempo prima — ma che non aveva mai spedito — per far sapere a Jimmy come il reato aveva afflitto tutta la sua famiglia e di come si sentissero a causa del crimine subito.

Quando i mediatori si erano recati in prigione per far avere la lettera a Jimmy, avevano trovato un ragazzo scosso, che rispondeva a monosillabi. Una volta letta la lettera, tuttavia, il ragazzo volle immediatamente rispondere a Eileen per far sapere a lei e a tutta la sua famiglia che era stato un tragico incidente, una colluttazione vicino alle scale, con un coltello che era sbucato all'improvviso ma non era chiaro da dove provenisse e che anche Sharon, la sorella della vittima, era coinvolta nell'incidente. Successivamente, era stato chiarito che Jimmy non voleva far sapere alla famiglia che il reato non era avvenuto per colpa sua, ma piuttosto che era

²⁴³ Caso 34 in CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative Justice and Victim Offender Mediation*, Mediation UK, October 2003.

accaduto per una ragione che non poteva spiegare, o meglio, che avrebbe potuto farlo, ma lo terrorizzava l'idea.

Durante il processo, Jimmy era rimasto traumatizzato dalle testimonianze delle persone che a lui apparivano come bugiarde e voleva far sapere a tutti che era stata Sharon a istigare il litigio tra i due. Sharon, inoltre, gli aveva scritto una lettera in cui gli diceva che era consapevole che lui aveva ucciso suo fratello ma, nonostante ciò, sapeva che alcune cose dette in Tribunale non erano vere e che immaginava che questo fosse stato orribile.

Successivamente, poi, Sharon aveva scritto un'altra lettera a Jimmy in cui aveva ammesso una sua parte di responsabilità su quanto accaduto quella notte e questo aveva permesso al ragazzo di assumersi l'intera responsabilità per l'accaduto e di dimenticare la sua ossessione sulla responsabilità di Sharon. Da quel giorno anche il suo comportamento era cambiato ed era passato da un atteggiamento di quasi assoluto riserbo e di chiusura verso qualcosa diverso, tornando finalmente ad essere un ragazzo aperto.

Eileen era riuscita a superare il trauma a tal punto che non aveva voluto neanche leggere la risposta di Jimmy tanto era contenta che la comunicazione tra i due ragazzi si fosse riaperta.

Il cammino era durato nove mesi da quando la zia Eileen aveva voluto parlare con Jimmy per scoprire se aveva ancora una relazione con Sharon ed aveva avuto un tale impatto da provocare un cambiamento fondamentale.

Il secondo caso²⁴⁴ ha riguardato quattro ragazzi tutti giovanissimi. In particolare, il reo, Lee, aveva 15 anni al momento del fatto ed era probabilmente rimasto traumatizzato dalla recente separazione tra i suoi genitori, molto più di quanto i suoi familiari si fossero accorti fino a quel momento. La vittima, Katie, 12 anni, stava giocando con due amici, Claire e Daniel, vicino a casa mentre stavano portando a spasso il cane di Daniel.

Tuttavia, improvvisamente, si erano accorti che Lee li stava guardando perché era convinto che stessero ridendo di lui dato che aveva perso la sua

²⁴⁴ Caso 38 in CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative Justice and Victim Offender Mediation*, Mediation UK, October 2003.

pallina da golf. Così Lee si avvicinò e domandò loro arrabbiato perché stessero ridendo. Katie gli rispose che stavano solo giocando.

Lee intimò poi a Claire e Daniel di andare a casa, ma Katie gli rispose che loro tre dovevano rimanere tutti insieme e gli propose di aiutarlo a ritrovare la sua pallina.

Lee si arrabbiò e colpì con calci e pugni in tutto il corpo Daniel che iniziò a piangere. Il cane corse via. Lee intimò a Claire di raccogliere il maggior numero di bastoni che trovasse e lei, spaventata, iniziò a prendere quelli più vicini a Daniel. Lee, dopo averli minacciati di ucciderli se avessero proferito parola con alcuno, ordinò a Katie di seguirlo nel vicino cespuglio in modo che fossero parzialmente nascosti dagli altri e le intimò di baciarlo. Lei rifiutò. Lui le chiese il motivo del rifiuto e le promise di lasciarla andare se lo avesse fatto. Invece, Lee iniziò a baciarla ovunque, si svestì e si fece masturbare cercando anche di fare del sesso orale con lei. Dopo che ebbe eiaculato disse di aver vissuto una bella esperienza, si rivestì e ripeté loro la minaccia di morte qualora uno dei tre avesse raccontato la storia a qualcuno. I tre bimbi si fecero forza a vicenda tornando a casa e raccontarono la storia ai genitori che denunciarono poi il fatto alla polizia. Lee fu identificato poco dopo e fu condannato a tre anni di detenzione.

Un anno dopo iniziarono le procedure di mediazione su richiesta di Katie che voleva incontrare Lee al fine di porgli alcune domande.

I mediatori constatarono che la ragazzina era pronta per la mediazione. Così incontrarono anche Lee il quale si mostrò disponibile a partecipare alla conferenza dichiarando che lo avrebbe fatto se questo avesse potuto aiutare Katie. Poco dopo, tuttavia, Lee fu arrestato e condannato nuovamente ad una detenzione di 3 anni per un altro reato di cui non è stata specificata la natura.

I mediatori, dopo questa nuova incriminazione, dovettero nuovamente verificare la disponibilità di entrambe le parti a partecipare alla mediazione. La procedura di preparazione dei ragazzi, prima dell'incontro, dopo che gli stessi ebbero consentito a partecipare alla conferenza, fu molto lunga e meticolosa. Durante l'incontro che ne seguì Katie formulò 16 domande a

Lee il quale rispose onestamente, sinceramente ed in modo esaustivo. Dopodiché la mamma di Katie, con il permesso della ragazzina, raccontò i momenti dopo l'offesa e come il carattere di sua figlia fosse cambiato dopo il reato subito. A quel punto Lee si scusò sinceramente e promise dal profondo del cuore che non avrebbe mai più fatto niente di simile in vita sua. Insieme firmarono un accordo e, alla fine della conferenza, la mamma di Katie augurò a Lee di essere felice nella sua vita e di recuperare il rapporto con i suoi genitori il prima possibile. Poco dopo la madre di Katie inviò anche una lettera ai mediatori ringraziandoli per il lavoro svolto e raccontandogli che finalmente sua figlia era tornata alla normalità e aveva superato il trauma, dimenticando quanto accaduto. Il tutto grazie al fatto di aver ricevuto delle risposte.

Il terzo caso ha ad oggetto nuovamente un omicidio²⁴⁵ ed è stato condotto dal Sargente Terry O'Connell²⁴⁶ dalla prigione di Malabar nel 1999. Nel 1994 nel corso di una rapina avvenuta da Pizza Hut, una catena di pizzerie, era stato ucciso un giovane uomo. Per il reato erano stati arrestati e condannati quattro giovani. I parenti ed amici della vittima avevano espresso più volte la necessità di incontrare i malfattori per porre delle domande. Solo due dei quattro colpevoli avevano accettato di partecipare, anche se di questi nessuno aveva un arma da fuoco e quindi non erano stati i materiali esecutori dell'omicidio.

I rei desideravano solo che i parenti della vittima dimenticassero l'offesa. Da parte loro, i familiari chiedevano di ottenere alcune risposte perché gli risultasse maggiormente comprensibile l'accaduto.

Alla fine della conferenza le parti avevano ottenuto un po' di sollievo e ritrovato una maggiore serenità.

²⁴⁵MILLER, BLACKLER, 2000, pag.84 cit. in MIERS D., *An exploratory evaluation of restorative justice schemes*, Crime Reduction Research, Series Paper 9, Home Office, September 2001, National Commission On Restorative Justice, *Final Report*, PDF document (Ireland).

²⁴⁶Terry O'Connell è stato uno dei primi poliziotti a praticare la mediazione. È proprio grazie a lui che sono stati realizzati i primi progetti di conferenze in Australia. È poi andato anche in Inghilterra ad insegnare i suoi metodi. La Thames Valley Police, segue le sue sperimentazioni e schemi.

Analizzando questi crimini appare, innanzi tutto, estremamente evidente la gravità e l'importanza degli stessi. Quando viene commesso un omicidio, ovviamente, la mediazione non può servire a ristorare la vittima diretta, in quanto deceduta, e la situazione è più difficile. A ben vedere, le conferenze di mediazione sono, nella maggior parte dei casi, più utili alla vittima diretta piuttosto che ai parenti, i quali, in molte occasioni, sono anzi restii e frequentemente più arrabbiati delle persone offese dal reato. Tuttavia, come si può facilmente osservare da questi esempi particolarmente significativi, anche se più raro, nel caso di un omicidio è comunque possibile esperire la mediazione e questa può essere particolarmente funzionale per capire le dinamiche del reato e per permettere ai familiari di superare il trauma subito.

A parte l'esempio estremo in cui la vittima muore, vi sono altre offese particolarmente gravose che lasciano conseguenze enormi e molto difficili da affrontare che la mediazione, invece, può aiutare a superare. Il caso dello stupro ne è una chiara esemplificazione. In quel caso la ragazza aveva bisogno di alcune risposte per poter dimenticare definitivamente il reato e recuperare la fiducia in se stessa.

In questi casi in cui i reati sono molto gravi, ovviamente, il beneficio che la vittima può conseguire è particolarmente evidente in quanto il trauma è molto maggiore. Tuttavia, occorre prestare la dovuta cautela e attenzione in quanto, allo stesso tempo, la fragilità e la delicatezza della situazione sono più significative ed altresì più alto il rischio di far soffrire la vittima e provocargli nuove affezioni.

Quando i reati sono particolarmente gravi è quasi impossibile ipotizzare che l'accordo ristorativo o una punizione possano essere concordati tra la vittima e il reo prescindendo del tutto dal carcere o dalle sanzioni tradizionali. Ma, innanzi tutto, a nostra opinione, l'eventualità di evitare la detenzione non andrebbe per ciò stesso esclusa perché, con le dovute cautele, potrebbero essere comunque sperimentate possibili alternative. Infatti, se i benefici per la vittima possono maggiori quando il reato è di rilevante importanza, possono esservi enormi vantaggi anche per il reo in

queste ipotesi, in quanto lo stesso può capire la gravità del suo gesto ed essere maggiormente responsabilizzato. Le possibilità offerte dalla mediazione, comprese anche le sanzioni alternative, a nostra opinione, valgono anche per le offese più significative ed i margini di successo sono i medesimi.

Secondariamente, se non si vuole pensare che con la mediazione si ipotizzino punizioni diverse da quelle ordinarie, si può comunque lasciare in essere la possibilità di esperire la conferenza ristorativa come qualcosa che si offre alle vittime in vista di un loro beneficio. Si potrebbe concedere questa possibilità a coloro che sentano la necessità di incontrare il reo per fare delle domande o per qualsiasi bisogno.

A questo punto sorge spontanea un'obiezione: la violazione del principio di non discriminazione e della parità processuale, anche se qui siamo propriamente fuori dal processo. In realtà, per superare il problema, si potrebbe pensare di offrire al reo la possibilità di scusarsi se lo vuole, chiedendo alla vittima se è disposta ad incontrare il reo, o in caso di rifiuto prospettare una mediazione indiretta. In questo modo si rispetterebbero tutti i precetti costituzionali, oltretutto le necessità di tutte le parti processuali.

A nostra opinione, qualunque desiderio che entrambe le parti esprimano in termini di incontro con l'altra parte e tentativo di comprensione andrebbe comunque incentivato anche se agli occhi di molti ciò può apparire strano e inconsueto. Occorre non dimenticare, infatti, che sono sempre le parti a chiederlo e quindi assecondare i loro desideri, allorché ciò possa servire per costruire qualcosa di positivo ed efficace, è assolutamente un *must* imprescindibile.

6. *Post Custody*

La mediazione che viene esperita dopo la conclusione del periodo detentivo o comunque dopo che la pena è stata completamente e definitivamente adempiuta, ha una funzione ancor più diretta alla completa rieducazione del reo. Infatti, in queste ipotesi, tale pratica costituisce il cammino conclusivo

di un percorso che aggiunge una completa responsabilizzazione del reo per il suo reinserimento nella società.

Sarah²⁴⁷, una signora anziana, è stata derubata della sua borsetta, per strada mentre tornava a casa. L'aggressore, Robert, era un ragazzo di 17 anni, tossicodipendente, che aveva compiuto il gesto perché abbisognava dei soldi per comprare la droga.

Robert iniziò a fare numerose domande sulla sua vittima mentre era in prigione.

Alla conferenza Sarah si presentò con suo figlio e sua nuora. Sarah raccontò cosa aveva provato dopo lo scippo e di come questo reato avesse influito nella sua vita. Il figlio di Sarah raccontò quanto fosse arrabbiato e che avrebbe voluto picchiare Robert se avesse potuto. Poi raccontò quale fosse stata la sua esperienza in prigione, dato che anche lui, quando era giovane, vi era stato per un periodo.

La nuora di Sarah poi, raccontò quanto era arrabbiata quando si era recata in ospedale e aveva visto sua suocera ridotta in quelle condizioni.

Alla fine della conferenza Robert e Sarah si strinsero la mano e lei gli chiese di prometterle di non fare mai più uso di droghe. Inoltre, Sarah gli disse che lui e sua mamma erano i benvenuti in casa sua in qualsiasi momento e che le avrebbe fatto piacere parlare con la madre di Robert di quanto accaduto.

Alle parti fu chiesto se acconsentivano ad essere filmati e Sarah diede risposta affermativa motivandola con il suo desiderio di aiutare altre persone. Robert rifiutò inizialmente. Successivamente su richiesta di Sarah, cambiò idea.

Anche questo caso è particolarmente significativo perché permette di comprendere quanto sia significativa la relazione che si instaura tra le parti a seguito della mediazione. Robert nel corso della sua permanenza in carcere ha avuto modo di riflettere sulle sue azioni. Ovviamente, durante la sentenza custodiale, ha anche avuto il tempo necessario e l'aiuto di esperti

²⁴⁷ Caso 40 in CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative Justice and Victim Offender Mediation*, Mediation UK, October 2003.

per disintossicarsi dalla dipendenza dalle droghe e questo è un ulteriore strumento di aiuto. Infatti, molti tossicodipendenti compiono reati quando sono sotto l'effetto delle droghe e la motivazione è proprio la dipendenza e l'astinenza che ne consegue allorché costoro non abbiano il denaro sufficiente e necessario per comprarsi le dosi. E' questa situazione che frequentemente li spinge a commettere dei reati. Affiancare la mediazione al percorso di riabilitazione potrebbe essere particolarmente utile perché permetterebbe al reo, non solo di disintossicarsi, ma anche di rendersi conto delle proprie azioni in un modo probabilmente differente e nuovo. Quando si assumono sostanze, i riflessi e le azioni sono non del tutto chiari; aggiungere responsabilità e consapevolezza in un secondo momento, ossia quando la persona è in grado di assumersene pienamente la responsabilità, può essere particolarmente significativo.

Quanto appena affermato non vale solo per i tossicodipendenti ma per tutti coloro che, dopo la sentenza e dopo la completa esecuzione della pena, hanno effettuato il cammino interiore opportuno per rendersi conto delle proprie azioni e assumere le proprie responsabilità. Il tutto in funzione di un più consapevole ed opportuno reinserimento in società.

Capitolo IV

Le forme di mediazione esistenti in Italia

In questo capitolo si approfondirà come il nostro Ordinamento ha dato attuazione alle prescrizioni internazionali e, con quali modalità, dunque, si pratica la mediazione penale.

1. Le ipotesi codificate di mediazione penale

Nel nostro codice di procedura penale esisteva una norma, l'articolo 564, entrata in vigore nel 1989, che prevedeva la possibilità in capo al Pubblico Ministero, di tentare una conciliazione tra la vittima e l'autore del reato solo però, per i reati perseguibili a querela di parte. L'articolo suddetto tuttavia prevedeva ancora in capo al Procuratore la possibilità di sollecitare la mediazione tra querelante e querelato — sempre e solo — per i reati di minore entità perseguibili unicamente a querela di parte e anche prima del compimento degli atti di indagine. Tale norma però non è quasi mai applicata in quanto la maggior parte dei reati perseguibili a querela sono ora di competenza del giudice di pace. Si può quindi affermare che la disposizione è stata sostituita dalle norme sulla competenza di quest'ultimo organo.

La riforma processuale che è stata introdotta nel 2000 ha trasferito tale possibilità dal Pubblico Ministero al giudice (di pace).

Inoltre, durante l'esecuzione della pena pecuniaria è possibile esperire la mediazione in presenza di insolvenza del condannato nel caso in cui questa dovesse essere convertita negli istituti all'uopo deputati (art 101 e ss. Legge 689/1981).

2. La competenza penale del giudice di pace

2.1 Premessa

Il D.lgs. 274/2000 ha introdotto la disciplina delle competenze penali del giudice di pace. Tale riforma è stata effettuata allo scopo precipuo di perseguire una duplice finalità: da un lato per cercare di alleggerire il carico giudiziario ordinario in relazione alle offese meno significative che hanno una valenza più propriamente privatistica piuttosto che una significatività meritevole di una tutela pubblicistica propria dei beni giuridici difesi dal

diritto penale classico²⁴⁸. In secondo luogo, il fine era quello di introdurre una forma di giustizia capillarmente diffusa sul territorio e diretta a «valorizzare la conciliazione tra le parti come strumento privilegiato di risoluzione dei conflitti»²⁴⁹. In questo ultimo senso si poneva altresì la previsione di forme di conciliazione tra la vittima e l'offensore che dovevano porsi quale modalità di attuazione delle prescrizioni provenienti in ambito sovranazionale di cui si è detto, ma che, come vedremo, non sono state adeguate alle aspettative. Infatti, i risultati auspicati non si sono, a ben vedere, realizzati in quanto i fini non sono risultati congrui ai mezzi impiegati: da un lato, l'esigenza deflattiva non è stata di proporzioni sufficienti ad alleggerire significativamente il carico di processi che gravano sulla giustizia ordinaria e, dall'altro lato, le prescrizioni concernenti la mediazione si sono rivelate inidonee in ragione delle caratteristiche che tali procedure devono rivestire per essere funzionali a realizzare gli scopi che gli sono propri.

Inoltre, tale tipo di procedimento non si è dimostrato essere una forma di giustizia diretta a rispondere ai bisogni del cittadino, in quanto gli istituti che erano stati introdotti proprio a tal fine, non sono nei fatti potenziati e incrementati a dovere, risultando, di conseguenza, un procedimento privo di reale significatività in quanto applicato solo per controversie prive di valore.

²⁴⁸ Questo fine è stato perseguito anche per tentare di porre un freno all'ipertrofia del diritto penale (ipertrofia nel senso di iper-estensione, eccessiva dilatazione dei beni giuridici oggetto di tutela penale) e ritornare, in un certo modo, ad un, auspicato e sempre desiderabile, diritto penale minimo. Per superare il problema, si è introdotta la competenza penale del giudice di pace che, dal canto suo, dispone di limitati poteri sanzionatori, meno invasivi di quelli tradizionali. Per questa via, quindi, se è cercato di limitare i danni anche se ovviamente lo strumento migliore sarebbe sempre quello di agire alla radice del problema piuttosto che cercando di rimediare solo agendo sulle conseguenze.

Attre controversie che sono attribuite alla competenza del giudice di pace sono quelle che hanno una rilevanza meramente privatistica che sarebbero risolvibili anche solo con i meccanismi offerti nell'alveo del diritto privato.

²⁴⁹ *Relazione al decreto legislativo n. 274/2000* in "Diritto e giustizia", n. 31 del 2000, *passim*.

2.2 La "mediazione" davanti al giudice di pace

Con la riforma del 2000, entrata in vigore nel 2002, si è cercato di ottemperare alle prescrizioni della Raccomandazione del 1999 introducendo, per la prima volta espressamente, un richiamo alla mediazione. Le scarse previsioni sono contenute nell'articolo 29, 4° comma che stabilisce che il giudice promuove la conciliazione tra le parti quando si tratta di reati perseguibili a querela. A tal fine, può rinviare l'udienza per un periodo massimo di due mesi avvalendosi: *«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»*. In caso di esito positivo della conciliazione viene redatto processo verbale in cui si attesta la remissione di querela e contestuale accettazione o la rinuncia al ricorso.

L'articolo 35, ancora, prevede che il giudice di pace possa dichiarare estinto il reato qualora l'imputato abbia provveduto, prima dell'udienza di comparizione, a riparare il danno cagionato dal reato mediante il risarcimento e le relative restituzioni e se il giudice ritenga congrua la somma in ragione delle esigenze di riprovazione e di prevenzione. Qualora, poi, l'imputato dimostri di non aver potuto provvedere in precedenza alla riparazione del danno, e tuttavia manifesti l'intenzione di adempiere alle condotte risarcitorie e restitutorie, può sospendere il processo per tre mesi.

Occorrere domandarsi se le norme appena citate siano corretta estrinsecazione di pratiche mediatricie o latamente ristorative in quanto, a ben vedere, seppure le stesse trovino frequente applicazione, sono lontane nella natura e nella sostanza di questi istituti.

Certamente esistono delle analogie tra la *restorative justice* e il rito avanti al giudice di pace. La prima può, infatti, essere definita come *«un approccio alla giustizia che considera il reato principalmente in termini di danno alle persone, dal quale scaturisce in capo all'autore l'obbligo di porre rimedio alle conseguenze lesive della sua condotta. A tal fine, la prospettiva*

'restorative' mira a realizzare un coinvolgimento attivo di vittima, offensore, del loro rispettivo entourage e della stessa comunità civile nella ricerca di soluzioni — possibilmente concordate — atte a far fronte all'insieme dei bisogni sorti a seguito del reato»²⁵⁰. Elementi comuni dunque possono riscontrarsi i) nella previsione di forme di sanzione alternativa rispetto alla mera detenzione; ii) la previsione di attenzione a forme di ristoro per la vittima; iii) la previsione di forme di contatto tra la vittima e l'autore che escano dai binari tradizionali della giustizia; iv) la possibilità di avvalersi, nella soluzione alternativa del conflitto, di strutture esterne al sistema penale tradizionale²⁵¹.

Nonostante tali elementi di comunanza, occorre considerare che le disposizioni citate fanno riferimento alla conciliazione piuttosto che alle pratiche di mediazione, come si può desumere dalla *littera legis* e seppure le stesse evidenzino un tentativo di avvicinamento ad una forma di giustizia ristorativa, siamo lontani da un vera assimilazione tra i due istituti. "Conciliazione", a ben vedere, è un termine diverso da mediazione sia nella pratica che nella sostanza. Infatti, esso significa riappacificazione, superamento della controversia in direzione del perdono; la "mediazione", invece, è un processo che comporta notevoli stati emozionali e necessita un percorso di dialogo tra le parti e presuppone un'analisi ed una catalizzazione delle emozioni e dei sentimenti verso l'obiettivo di superare le affezioni determinate dal reato²⁵².

Tra l'altro, occorre ricordare che:

«la mediazione non si “tenta”; la mediazione “si fa”. Essa infatti deve senz'altro aver luogo, se viene operato un invio dal giudice al servizio di mediazione oppure se gli interessati direttamente si rivolgono a un tale servizio. Essa invece non ha luogo, se gli interessati rifiutano di rivolgersi a tale servizio. Ma nella prima ipotesi, se gli interessati si presentano al servizio, la mediazione non può che avere luogo, senza che si debba effettuare alcun “tentativo”. Cosa diversa è, invece, il discorso relativo all'esito della mediazione, che può essere positivo o negativo. In sostanza, la realizzazione della mediazione va tenuta distinta dal risultato ottenuto nel senso che, se c'è un invio, la

²⁵⁰ REGGIO F., *op. cit.*, p. 106

²⁵¹ REGGIO F., *op. cit.*

²⁵² Per una disamina delle diverse definizioni di mediazioni vedi sopra.

mediazione deve aver luogo almeno con riguardo alla verifica della sua fattibilità. Una volta che essa si sia svolta, si dovrà passare alla seconda fase relativa a valutarne il risultato.

Differente è, invece, il caso della conciliazione. La conciliazione, infatti, si “tenta”, perché essa non si prefigge lo scopo che le parti si riavvicinino e dialoghino, ma solo che raggiungano un accordo sul contenuto della vicenda processuale: pertanto, tutta l’attività espletata all’uopo non può che essere un tentativo. La conclusione, come si è detto, è che il legislatore ha equivocato tra mediazione e conciliazione, utilizzando il primo termine in modo erroneo»²⁵³.

Inoltre, la conciliazione alla fine del percorso di mediazione può esserci o no, è qualcosa in più che può accadere o non accadere, ma certamente non rappresenta un postulato necessario delle pratiche ristorative. *«I programmi di riconciliazione autore vittima (VORP) sono differenti rispetto alla mediazione in quanto il termine riconciliazione individua una realtà che attiene all'esito dell'incontro tra autore e vittima mentre il termine mediazione viene utilizzato per indicare il "processo" attraverso il quale si può giungere alla riparazione o alla riconciliazione. L'incontro è il momento centrale e qualificante l'intero processo di riparazione»*²⁵⁴.

Per usare le parole di Braithwaite:

«è sbagliato chieder alla vittima di dimenticare ed è ancor più erroneo aspettarselo. Dimenticare è un regalo che la vittima può fare. Noi distruggiamo il suo potere se lo trasformiamo in dovere. Così il ‘grazie’ del reo è un altro valore di questo tipo. Da un punto di vista diverso, il rimorso, dal lato dell’offensore, ha la stessa qualità. Il rimorso che è domandato è rimorso distrutto. Creare spazi dove i malfattori potrebbero essere persuasi dal bisogno di rimorso è un buon obiettivo istituzionale. Domandare, coartare o anche aspettarsi il rimorso o le scuse potrebbe essere un cattivo obiettivo»²⁵⁵.

Queste poche righe sono assolutamente calzanti per esprimere i valori e la sostanza che stanno dietro alla mediazione ed alle pratiche ristorative e devono essere quasi un monito per i Legislatori che si accingono ad introdurre queste nuove forme di giustizia nei vari Ordinamenti giuridici.

²⁵³ OCCHIOGROSSO F., *La mediazione nella giustizia penale minorile*, in "Minorigiustizia", 2008, cit. p. 169 .

²⁵⁴ MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003.

²⁵⁵ BRAITHWAITE J., *Restorative justice & responsive regulation*, Oxford University Press, New York, 2002, cit. pp. 15, traduzione mia.

La norme contenute nella legge sul procedimento davanti al giudice di pace, dettano quindi, una disciplina semplicistica, che tende a sottovalutare nella sostanza gli aspetti che costituiscono il vero fulcro delle pratiche ristorative. Infatti, il problema principale è che tale ipotesi riparativa costituisce una sanzione penale a tutti gli effetti, tant'è che ad essa vengono ricondotte le funzioni della pena²⁵⁶.

Ancora occorre evidenziare che nella norma nazionale l'ausilio di strutture che possano coadiuvare il percorso conciliativo viene visto in via meramente ipotetica ed eventuale, quando, invece, il fulcro dell'intera procedura presuppone l'intervento e ruolo indispensabile del mediatore²⁵⁷. Sarebbe stato infatti opportuno quantomeno prevedere come obbligatorio il loro intervento. Non si può pensare che si realizzi un vero e proprio percorso di mediazione e ristorazione, obiettivo della norma, se si prescinde da colui che è il catalizzatore delle emozioni, da colui cioè che, mediante un lavoro complesso, difficile e delicato, permette di raggiungere gli obiettivi che gli sono propri; ossia, una sincera e spontanea volontà di ristorare la vittima nelle sofferenze subite dal reato, svincolandola da qualsiasi altra finalità che non le è propria. Tale previsione, tra l'altro, si pone in contrasto con i principi e criteri direttivi vigenti in ambito internazionale in quanto, tali documenti, impongono che la figura del mediatore sia separata da quella del giudice e anche la procedura ordinaria dovrebbe esservi estranea. La normativa italiana, invece, è confusa sul punto in quanto è proprio il giudice di pace a svolgere il ruolo di conciliatore. Allo stato di fatto, dunque, il mero riconoscimento formale della mediazione da parte della normativa, non è sufficiente a garantirne un'efficace attuazione²⁵⁸.

²⁵⁶ VENAFFRO F. PIEMONTESE C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Giappichelli, 2004.

²⁵⁷ MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

²⁵⁸ PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25-26 maggio 2001)*, Giuffrè, 2002.

La mediazione è un sistema ternario che si differenzia dalla negoziazione e dalla conciliazione, oltretutto nella struttura e nel risultato, perché senza il mediatore essa non esiste. «*La giustizia è ternaria nella struttura ma binaria nel risultato perché divide tra ciò che è conforme alla norma con ciò che non lo è. La mediazione è come la tragedia greca che comprende la teoria, la rappresentazione del dramma e la catarsi*»²⁵⁹.

In terzo luogo, queste pratiche sono esperibili solo nel caso di autori di reati di scarsa entità, tipica ipotesi dei reati che sono di cognizione del giudice di pace che rientrano nella comune nozione di reati cosiddetti “bagatellari”. Sono le classiche controversie di minore disvalore punite con sanzione non custodiale; il giudice di pace, infatti, non può disporre sanzioni detentive. Tale aspetto è rilevante perché è ormai comunemente noto che la mediazione esplica maggiore efficacia nel caso di reati di maggiore gravità piuttosto che quelli di scarsa importanza²⁶⁰.

Infine, sussiste il concreto pericolo, mediante questa disciplina che presenta un’articolazione scarna ed erronea nei presupposti, che il reo utilizzi pretestuosamente questo strumento, al solo fine di ottenere l’estinzione del reato senza credere realmente in quello che sta facendo e sentire dal profondo la volontà di risarcire i danni che sono conseguenza delle sue azioni. Infatti, se tali percorsi restitutori non sono adeguatamente supportati da un cammino ad essi precedente, è difficile che si possa ottenere un reale pentimento, ma piuttosto è facile che vi sia un utilizzo utilitaristico dell’istituto. Tra l’altro, la declaratoria di estinzione del reato conseguente alla riparazione dell’offesa demanda al giudice il potere di valutare l’adeguatezza del ristoro, mescolando così, ancora una volta, la figura del magistrato con quella del mediatore e rispetto ad un istituto che dovrebbe rimanere estraneo alle maglie della giustizia tradizionale. Il problema si acuisce considerando che la valutazione di cui si è detto deve essere

²⁵⁹ CERETTI A., in PICOTTI L (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998.

²⁶⁰ per un approfondimento cfr. COLAMUSSI M., *La messa alla prova*, Cedam, 2011; SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007.

effettuata valutando le esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione che sono tipiche della pena. La sua operatività, inoltre, è affidata alla discrezionalità del giudice²⁶¹.

L'immagine di questo istituto, così come risulta dall'interpretazione della norma, è di una pratica di ispirazione civilistica, il che di per sé non sarebbe male, ma tuttavia, non costituisce corretta esplicazione dei principi che i documenti internazionali avevano ispirato ed imposto. La semplice previsione di ipotesi di restituzione o di riparazione svincolata da qualsiasi percorso di mediazione, ma unicamente legata alla possibilità di una conciliazione al fine precipuo di provocare l'estinzione del reato, non ha alcuna finalità e non permette di realizzare gli obiettivi delle pratiche di cui trattasi, ossia tentare la riduzione della recidiva, suscitare sentimenti di vergogna e di rimorso per l'azione provocata e, per quanto riguarda la vittima, ottenere ristoro simbolico delle sofferenze psicologiche e dei traumi subiti a causa del reato, prima ancora che avere un risarcimento materiale.

3. Istituti di diversione processuale per gli imputati minorenni

3.1 Premessa

Il DPR 448 del 1988 ha attuato la delega che era stata data al Governo per riformare il procedimento con imputati minorenni. In particolare la riforma, è stata diretta ad attuare le speciali esigenze di educazione che devono muovere il processo penale nei confronti di imputati minorenni. Tale obiettivo risulta imposto dalla Costituzione la quale, all'articolo 31, impone di prestare una particolare tutela all'infanzia e alla gioventù. Il legislatore delegato, proprio per attuare tali principi, ha cercato di introdurre una disciplina del procedimento con i minori che riuscisse a perseguire esigenze

²⁶¹ PICOTTI L., SPANGHER G., *op. cit.*

di vera e propria educazione, in quanto il minore, essendo tale, non ha una maturità sufficiente per essere del tutto consapevole delle sue scelte. Per questo motivo si è preferito parlare di educazione piuttosto che di rieducazione.

Il processo è stato di conseguenza ispirato al «*principio di "minima offensività" secondo cui il processo penale non deve influire sulle esigenze educative del ragazzo e ledere il suo percorso evolutivo né attivamente – costringendolo a seguire percorsi formativi non adatti –, né passivamente – interrompendo eventuali itinerari educativi già in atto →*»²⁶².

In ossequio a tali principi, il processo è stato dunque delineato come se fosse costituito in due fasi. La prima diretta ad accertare il fatto e la responsabilità del minore, la seconda, invece, funzionale a verificare la personalità del minore nel suo essere e divenire che venga valutata mediante un giudizio prognostico circa la sua possibile evoluzione/involuzione²⁶³, giudizio funzionale alla comminazione della sanzione più appropriata: una sorta di processo bifasico che sia il quanto più possibile funzionale alle esigenze di “tutela” e di “recupero” del minore deviante in vista appunto della sua educazione.

Il processo penale minorile è diretto ad attuare altresì le prescrizioni contenute nell’articolo 25 della “Convenzione sui diritti del fanciullo”, che hanno prodotto una vera e propria rivoluzione copernicana circa l’immagine del minore e del suo essere, proprio in vista delle esigenze di educazione di cui si dovrebbe far carico il sistema penale. Tramite questo documento si è passati, infatti, da una visione tipica del passato e culturalmente deficitaria, secondo la quale il giovane era considerato un soggetto minorato e privo di qualsiasi capacità di espressione e decisione consapevole, ad una che lo vede quale “*adulto in formazione*”, ossia un soggetto immaturo ma in grado di comprendere cosa accade intorno a lui. Per questo motivo, attualmente, si

²⁶² GRIMOLDI M., CACIOPPO R., *L'abito su misura. Significato ed effetti attesi dai contenuti di progetti di messa alla prova a favore di minori autori di reato*, in *Minorigiustizia*, 1, 2013, p. 121.

²⁶³ LOSANA C., *L'Ascolto del Minore nell'Osservazione sulla Personalità*, in “*Minorigiustizia*”, 2008, numero 4, pp. 22-30.

specifica che il giovane debba essere prontamente informato dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico, abbia il diritto di sapere delle conseguenze che si possono verificare all'esito della procedura, nonché abbia il diritto di esprimere la sua opinione e di essere ascoltato durante tutto il processo.

L'istituto della sospensione con messa alla prova del minore risulta proprio espressione di tali principi in quanto è diretto ad evitare che il minore entri in contatto non solo con il circuito carcerario, ma anche con quello processuale *tout court*. Questa scelta viene effettuata dal giudice quando si vuole scongiurare il pericolo che il minore subisca le stigmatizzazioni derivanti dal processo, o quando costui appaia meritevole di particolare aiuto sulla base della valutazione della sua personalità. Per questi motivi, l'istituto può considerarsi a metà strada tra ipotesi di *diversion* e *probation* anglosassoni. I primi, infatti, sono diretti ad evitare che abbia luogo il procedimento penale *tout court*. Della *Probation*, invece, condivide la condizione di essere un meccanismo diretto a evitare il carcere e il sistema detentivo generalmente inteso tramite la previsione di sistemi sanzionatori alternativi.

È proprio grazie agli spazi applicativi forniti da tale istituto che si è permessa l'introduzione di ipotesi di mediazione penale minorile. Ma non solo. Infatti, la mediazione realizzata mediante la messa alla prova permette di realizzare esclusivamente un'ipotesi di mediazione di tipo processuale, snaturandone così la sostanza dell'istituto. Così, nel Tribunale di Torino²⁶⁴ è

²⁶⁴ per un approfondimento cfr. PATANE' in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004; MAGNO in PICOTTI L (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998. Inoltre, recentemente, la Giunta per il Piemonte ha adottato la delibera 10 novembre 2014, n. 24, 552 con cui, dato atto della positiva sperimentazione in tutta la Regione delle pratiche ristorative, ha inteso stipulare il nuovo protocollo d'intesa che permetterà di realizzare il monitoraggio dell'attuazione degli interventi di Giustizia Riparativa sul territorio regionale, attraverso la raccolta, l'elaborazione dei dati, nonché periodici incontri di raccordo e verifica. In secondo luogo, si è impegnato ad assicurare la diffusione della conoscenza della Giustizia Riparativa attraverso l'organizzazione, in collaborazione con gli altri firmatari del presente Protocollo, di attività di sensibilizzazione, informazione e formazione rivolte ai servizi e alle risorse del territorio. Si è inteso, poi, concorrere al funzionamento del Centro Mediazione, attraverso l'assegnazione al Comune di Torino di un contributo annuale, da quantificarsi compatibilmente con le disponibilità a bilancio regionale, per la parziale copertura delle

prassi ricorrere alla mediazione in una fase antecedente all'instaurazione del processo, ossia tramite l'art. 9 del d.p.r. 448/88 che consente indagini sulla personalità del minore. In questo modo si può saggiare la sua volontà di incontrare la vittima già in uno stadio primordiale del processo ed avviare così la sua responsabilizzazione durante le indagini preliminari.

Un'ulteriore ipotesi è quella offerta dalla declaratoria di improcedibilità per irrilevanza del fatto.

Al di fuori di queste ipotesi non residuano spazi per lo svolgimento di pratiche mediatricie. Ciò almeno fatta salva la possibilità di accogliere una interpretazione elastica del principio di obbligatorietà nel sistema minorile estendendola alle ipotesi di superfluità del processo²⁶⁵.

3.2 I requisiti applicativi della messa alla prova

Prima di analizzare i requisiti di applicabilità di questo istituto, occorre anzitutto una analisi della sua sostanza.

«La messa alla prova è un'affermazione di confine tra filosofia del diritto ed etica: la prevalenza della finalità rieducativa su quella retributiva. La pena per sua natura è l'afflizione di una sofferenza che compensa il bene sociale leso. Il percorso di messa alla prova va in un'altra direzione. Essa si rivolge anzitutto alla mobilitazione di risorse complesse finalizzate alla donazione di senso al fatto reato. Questa funzione si può definire riparativa poiché opera nella direzione di risanare il danno causato attraverso una risposta equilibrata ai bisogni della vittima, della comunità dei cittadini e dell'autore del reato. All'interno di un sistema così strutturato, tutti i soggetti coinvolti sono considerati come parti in causa, ciascuno con bisogni propri riconosciuti come legittimi: la vittima necessita di comprensione e giustizia, la comunità di garanzie riguardanti la difesa sociale, l'autore del reato di accedere a una dimensione di completa responsabilità rispetto all'offesa

spese per la formazione permanente e la supervisione dei mediatori, per le attività dei mediatori volontari, per le eventuali attività svolte da collaboratori esterni, per i mediatori dipendenti dal Comune di Torino per attività a favore dell'utenza non di competenza della Città, spese di gestione del Centro (utenze, riscaldamento), nonché spese per la copertura assicurativa dei minori /giovani adulti inseriti in progetti di Attività di Utilità Sociale, residenti o domiciliati nella Città di Torino.

Tale delibera costituisce precipua e corretta attuazione delle Linee guida esaminate in precedenza e sarebbe opportuno fosse quanto più possibile generalizzata in tutto il territorio nazionale.

²⁶⁵ per un approfondimento v. *infra*.

cagionata e di essere reintegrato nella collettività senza procurare a essa ulteriori lesioni»²⁶⁶.

Secondo la giurisprudenza, occorre ricorrere alla sospensione quando il giudice ritiene opportuno verificare se l'imputato abbia commesso il fatto a causa di un «evento meramente episodico di una vita all'insegna della legalità»²⁶⁷.

Costituiscono presupposti per l'applicazione dell'istituto: i) la *notitia criminis*, ii) la minore età dell'imputato al momento della commissione del fatto, iii) la capacità di intendere e volere del minore, iv) la responsabilità del minore, v) il giudizio prognostico circa il possibile esito positivo della prova ed, infine, vi) la redazione del progetto d'intervento.

Alcuni elementi sono privi di particolare problematicità sia nell'individuazione degli stessi, che nella comprensione della loro rilevanza.

i) Come si potrà ben capire è necessario che un reato sia stato commesso perché diversamente non avrà senso parlare dell'istituto *tout court* in quanto, ovviamente, se non esiste l'eventualità di un possibile procedimento penale, non esiste neanche la necessità di parlare o di ipotizzare l'utilizzazione di istituti diretti ad evitare il procedimento stesso.

ii) Secondariamente, è imprescindibile che il reato sia stato commesso da un imputato minorenni al momento della commissione del reato, anche se poi al momento vero e proprio del processo sia diventato nel frattempo maggiorenne²⁶⁸.

iii) È scontato che il minore debba essere capace di intendere e volere perché diversamente il minore non sarebbe imputabile ed il proscioglimento per incapacità prevarrebbe sulle altre formule. I due istituti, inoltre, hanno

²⁶⁶ GRIMOLDI M., CACIOPPO R., *L'abito su misura. Significato ed effetti attesi dai contenuti di progetti di messa alla prova a favore di minori autori di reato*, in *Minorigiustizia*, 1, 2013, p. 120

²⁶⁷ Corte di Cassazione, sentenza 15 novembre 1993 n 10333, in "Giustizia Penale", 1995, III, c. 230 e *Rivista Penale*, 1995, p. 537..

²⁶⁸ In tal senso vedi la sentenza della Cassazione 2 gennaio 1994, in "Giustizia Penale", 1995, III, c.370.

finalità estremamente diversificate. Il primo, ossia l'accertamento della capacità di intendere e di volere, è finalizzato alla tutela del minore e quindi ha una tipica funzione di garanzia. La seconda, invece, ossia «*la sospensione, è diretta a formulare un giudizio prognostico circa la recuperabilità o meno del reo stesso per il tramite della valutazione della sua personalità che funge da mero strumento per raggiungere un fine, contro l'altro l'istituto di cui ne costituisce la vera e propria ragion d'essere*»²⁶⁹. Secondo il Tribunale di Bologna²⁷⁰, poi, la prova nella sospensione non potrebbe neanche svolgersi efficacemente senza la capacità suddetta, in quanto il progetto presuppone lo svolgimento da parte del minore di attività con cognizione di causa ed è quindi necessaria almeno la capacità naturale.

iv) L'ammissione dell'addebito tecnicamente intesa non è considerata condizione essenziale di concedibilità della sospensione e spesso, è considerato proprio «*un punto di arrivo dell'istituto*»²⁷¹. Infatti, è proprio a seguito del percorso di maturazione che il giovane verrebbe a intraprendere durante lo svolgimento del progetto di sospensione che lo stesso potrebbe finalmente capire la gravità del gesto commesso e quindi, solo a conclusione di quest'ultimo, potrebbe ammettere completamente gli addebiti e assumersene la totale responsabilità. Tuttavia, si ritiene necessaria almeno un'implicita e anche parziale ammissione della responsabilità in relazione ai fatti oggetto di contestazione, segno della maturità o quantomeno indice di una personalità in evoluzione e propensa a ricevere ed attuare un percorso di crescita in modo consapevole. Diversamente, nel caso in cui il minore fosse assolutamente e fermamente convinto di non aver commesso alcun reato, non sarebbe neanche in grado di accettare le prescrizioni oggetto della prova e, di conseguenza, svolgere

²⁶⁹ LANZA E., *La Sospensione del Processo con Messa alla Prova dell'Imputato Minorenne*, Milano, Giuffrè, 2003.

²⁷⁰ Tribunale di Bologna, sentenza 10 settembre 1992, in "Foro Italiano", 1993, II, c 585

²⁷¹ CHESSA M., GASPARINI M., POLI A., *La Messa alla Prova nell'Esperienza del giudice per l'Udienza Preliminare presso il Tribunale dei Minorenni di Milano*, in "Minorigiustizia", 2008, numero 4, pp. 102-118.

le attività con la dovuta volontà di cambiare e di crescere. È altresì parzialmente necessaria l'assunzione e l'accettazione dell'impegno oggetto della messa alla prova anche «*se — esso è — strumentale al conseguimento della messa alla prova stessa*»²⁷². Infatti, come potrà facilmente immaginarsi, nel caso in cui, diversamente, il minore non accettasse e non condividesse gli impegni oggetto della prova, non avrebbe nemmeno l'*animus* necessario per lo svolgimento efficace e positivo della prova stessa.

Non possono invece considerarsi limiti per la concessione della misura, ad esempio, l'esistenza di precedenti penali o l'esito negativo di una prova in precedenza già concessa, in quanto «*non possono assumere valore alcuno dei fatti che non hanno nessuna relazione diretta con l'oggetto dell'analisi*»²⁷³.

La decisione dovrà essere fondata unicamente sugli elementi raccolti dal giudice a seguito del giudizio sulla personalità ex art. 9 d.p.r. citato: il magistrato, infatti, dovrà disporre la prova solo e se ritiene che la personalità del minore, a seguito di una valutazione operata anche tramite l'aiuto dei servizi sociali, sia meritevole dell'esperimento e quindi se il minore dimostri una personalità in crescita ed in evoluzione, eliminando valutazioni oggettuali basate su elementi estranei a questioni di tipo personologico.

Non è in alcun modo rilevante nemmeno la gravità o la tipologia del reato commesso dal minore, in quanto quest'ultimo è un elemento di tipo oggettivo che trascende il giudizio che, nel caso dell'istituto *de quo*, deve vertere sempre e solo su una valutazione di tipo soggettivistico basata sulla "meritevolezza" della personalità del reo.

Nonostante queste annotazioni di principio, la giurisprudenza ha ritenuto di dover valutare con maggiore cautela la concedibilità della prova allorché il minore abbia commesso molti reati o crimini di estrema gravità perché, in

²⁷² CHESSA M., GASPARINI M., POLI A., *op. cit.*

²⁷³ PALOMBA F., *Il Sistema del Nuovo Processo Penale Minorile*, Giuffrè, Milano, 1991, cit. p. 423.

questi casi, è più difficile che il minore si ravveda²⁷⁴ in quanto gli stessi sono espressione di una personalità più fortemente radicata all'illegalità. Secondo questa corrente giurisprudenziale, un reato più grave è sintomo di una personalità più difficilmente recuperabile in quanto occorre una maggior freddezza e soprattutto un maggior proposito criminale a commettere i delitti peggiori. A nostra opinione tali valutazioni dovranno essere effettuate con cautela e soprattutto si dovrà lasciare in essere la prerogativa del giudice di valutare caso per caso quando sussista tale collegamento al fine di evitare il rischio che l'istituto assuma caratteristiche di meccanicità che gli sono assolutamente estranee.

I due requisiti più stringenti e di difficile interpretazione sono quelli relativi alla prognosi circa l'esito positivo della prova (v) e al verbale contenente le attività oggetto della prova stessa (vi).

v) Il requisito della prognosi sull'esito positivo della prova costituisce il perno dell'intera disciplina. Come abbiamo già sottolineato, l'istituto della sospensione è nato ed è stato immaginato per dare una *chance* ad un minore che abbia commesso il reato per circostanze fortuite, nel senso che la condotta criminosa sia estranea al suo modo abituale di vivere, oppure quando si intraveda la possibilità di recuperare il minore e di permettergli il ritorno ad una vita regolare. La finalità dell'istituto è, infatti, quella di evitare ai giovani che siano in queste condizioni di entrare in contatto con le stigmatizzazioni e le influenze del processo penale, nonché evitare l'inserimento nel circuito carcerario/penitenziario perché, come noto, lo stesso ha gravi effetti criminogeni²⁷⁵.

È proprio grazie all'esame sulla personalità del minore ex articolo 9 — che verrà effettuata mediante le informazioni dei servizi sociali e tramite le indagini del procuratore — il giudice dovrà effettuare un giudizio prognostico circa la possibilità che il minore possa crescere, evolversi in

²⁷⁴ In tal senso vedi la decisione pronunciata dalla Corte di Appello di Messina, decisione 20 settembre 1990, in "Cassazione Penale", 1991, pp. 124 e 125.

²⁷⁵ Per un approfondimento cfr. PAVARINI M. (a cura di), *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Bologna, Monduzzi editore, 2006.

senso positivo in modo tale che l'episodio criminoso rimanga tale, ossia un episodio. Il tutto grazie alle prescrizioni contenute nel progetto di sospensione che costituiranno per il ragazzo una sorta di cammino di crescita e di maturazione.

vi) L'ultimo requisito fondamentale è rappresentato dalla redazione del progetto di intervento. Nel progetto dovrà emergere chiaramente l'obiettivo della presa in carico del minore oltretutto il contenuto della messa in prova, ossia una serie di attività che il giovane dovrà compiere e che saranno oggetto della valutazione del giudice per determinare l'esito positivo o meno della prova. Elemento fondamentale del progetto dovrà essere la flessibilità dei suoi contenuti, nonostante ciò non dovrà²⁷⁶ limitarsi a generici riferimenti non meglio specificati perché dovrà fin da subito avere quegli elementi di concretezza che permettano al giudice di poterlo valutare efficacemente. È altresì necessario, tuttavia, che il progetto e l'impegno che verrà assunto dal minore possa essere suscettivo di cambiamento anche in relazione alle circostanze specifiche che verranno a svilupparsi nel corso dell'esecuzione del progetto, con un grado di specificazione iniziale di cui si è detto e che sia adeguato per una valutazione nel merito ad opera del giudice.

3.3. I requisiti procedurali

Elemento preliminare ad ogni discussione concerne il momento a partire dal quale è concedibile la sospensione, ossia l'udienza preliminare. È assolutamente pacifico che la stessa non sia esperibile durante la fase delle indagini preliminari per tre motivi. Innanzitutto, la norma fa riferimento, nel prendere in considerazione il beneficiario dell'istituto, all'imputato e non all'indagato (art 28 commi 3 e 4 d.p.r. citato), "trasformazione" questa che si realizza solo dopo l'esercizio dell'azione penale.

²⁷⁶ CHESSA M., GASPARINI M., POLI A., *La Messa alla Prova nell'Esperienza del giudice per l'Udienza Preliminare presso il Tribunale dei Minorenni di Milano*, in "Minorigiustizia", 2008, numero 4, pp. 102-118.

Secondariamente, la disposizione fa riferimento al collegio e al suo presidente (art. 27 comma 4 d.p.r. 448 del 1998), implicitamente escludendo la fase in cui vi è un giudice unico, ossia proprio l'intervallo di tempo nel quale si svolgono le indagini.

In terzo luogo, il termine utilizzato è quello di "processo" (art. 28, 1° c d.p.r. 448 del 1998) e non di procedimento, indicando una fase in cui l'azione penale sia già stata esercitata²⁷⁷.

Infine, da un punto di vista sostanziale, poi, come già sottolineato sopra²⁷⁸, si può poi facilmente constatare la necessità di almeno una parvenza di consapevolezza circa la responsabilità del minore e circa la sua capacità di intendere e di volere, cosa che non può essere in alcun modo raggiunta, almeno con lo stesso grado di certezza, durante le indagini preliminari.

Altro momento in cui può essere esperita la sospensione del processo è quello del dibattimento, fase processuale per la quale valgono le considerazioni appena esposte.

Non è necessario che la sospensione venga concessa alla prima udienza preliminare o alla prima udienza dibattimentale, in quanto è possibile che le pratiche vengano svolte in via preventiva per valutare meglio l'opportunità dell'esperienza durante l'udienza successiva²⁷⁹. In questo modo, la sospensione verrà concessa in via anticipata in modo da poterne valutare con maggiore consapevolezza i primi effetti nel corso dell'udienza che verrà indetta successivamente al fine di permettere al giudice di formulare un parere più accorto.

La richiesta può provenire dal minore stesso, dal difensore, dal Pubblico Ministero o d'ufficio. Secondo la dottrina, la domanda può essere formulata anche dall'esercente la potestà genitoriale o dai servizi sociali²⁸⁰. Entrambi

²⁷⁷ LANZA E., *La Sospensione del Processo con Messa alla Prova dell'Imputato Minorenne*, Milano, Giuffrè, 2003.

²⁷⁸ Vedi punti iii) e iv) del paragrafo precedente.

²⁷⁹ PALOMBA F. *op. cit.*

²⁸⁰ PALOMBA F. *op. cit.*; BASCO M. G., DE GENNARO S., *La Messa alla Prova nel Processo Penale Minorile*, Giappichelli, Torino, 1997; MANERA G., *Brevi Osservazioni sul Proscioglimento del Minorenne per Irrilevanza del Fatto ex art. 27 Legge 448/1988*, in "Giur. Mer.", 1992, pp. 940 e ss.

questi ultimi soggetti indicati, tuttavia, non vantano un potere di iniziativa formale nel corso del processo, in quanto il loro intervento è fortemente limitato a momenti specifici²⁸¹. Pertanto si dovrà ritenere che costoro vantino la titolarità della domanda nel senso che dovranno formularla per il tramite di chi, in quel momento, vanta una posizione processuale attiva, il quale non si potrà esimere dall'esercitare la richiesta stessa in vece di costoro.

Sulla domanda decide il giudice in contraddittorio tra le parti²⁸². In difetto di tale ultimo requisito la giurisprudenza ritiene si configuri «una nullità di ordine generale sotto il profilo della violazione dei poteri del Pubblico Ministero di iniziativa dell'esercizio, o quantomeno di prosecuzione, dell'azione penale, atteso che l'esito positivo della prova comporta l'estinzione del reato»²⁸³.

All'udienza, il giudice dovrà valutare il progetto di intervento elaborato dai servizi sociali, i quali vantano totale autonomia nella scelta delle soluzioni più diversificate per stabilire il contenuto della prova. Dall'altra parte il giudice gode di completa autonomia nella valutazione del progetto stesso nel momento in cui emette l'ordinanza che dispone la messa alla prova. Il magistrato, tuttavia, con tale atto, assume anche la responsabilità formale di tutta la procedura²⁸⁴ in quanto con lo stesso egli accetta formalmente il contenuto della prova con le possibili conseguenze che potrebbero scaturirvi.

L'istituto della sospensione deve avere finalità terapeutiche e assistenziali. Pertanto, sarà all'uopo necessario che il trattamento sia il quanto più possibile sistematico e soprattutto individualizzato al fine di incidere specificatamente sugli aspetti precipui della personalità del minore che in quel momento è oggetto di giudizio e che necessitano di maggiore attenzione e trattamento. Vanno drasticamente escluse formule prestabilite e

²⁸¹ LANZA E., *op. cit.*

²⁸² PALOMBA F. *op. cit.*

²⁸³ Corte di Cassazione, sentenza 23 settembre 1997 n 9790, in "Cassazione Penale", 2000, p. 1390

²⁸⁴ CHESSA, GASPARINI, POLI, *op. cit.*

prestampate perché disfunzionali al perseguimento delle finalità per le quali è diretto l'istituto, ossia al trattamento e al "recupero" di quel minore deviante. La sospensione, infatti, è una procedura estremamente soggettivizzata che va calibrata sulle specifiche esigenze di quel preciso minore deviante, con quella storia e con quel passato perché possa essere davvero efficace e funzionale. Per tali ragioni sarà opportuno stabilire degli incontri, a scadenze cadenziate, con il ragazzo, oltreché provvedere ad un'assistenza sul piano psicologico continua al fine di valutare i progressi compiuti.

È importante anche tentare di incidere sul rapporto del minore con i suoi genitori in quanto sono costoro che provvederanno, una volta esperita la prova, a continuare ad educare il giovane e dovranno il più possibile evitare che il ragazzo torni a delinquere.

Non è prescritta una durata minima della sospensione, ma solo quella massima che deve avere essere di tre anni per i reati più significativi, mentre di 1 anno negli altri casi in cui le offese sono punite con la reclusione inferiore nel massimo a 12 anni. È necessario, tuttavia, prestare attenzione a calibrarne la durata all'efficacia della procedura: una valutazione sbagliata al riguardo potrebbe pregiudicare l'intera procedura, in quanto, se la stessa fosse interrotta prima del completamento dell'educazione e prima del raggiungimento di una stabilità nell'equilibrio emotivo del giovane, potrebbe essere vanificato totalmente l'intento di un suo recupero.

All'esito della prova saranno possibili due esiti. Se la prova da un risultato positivo, il reato si estingue. Diversamente il processo riprenderà il suo seguito secondo le forme disciplinate dagli articoli 32 e 33 del dpr 448 del 1988 a seconda che sia stato interrotto rispettivamente durante la fase delle indagini preliminari o del dibattimento.

Il legislatore non ha dettato dei criteri specifici grazie ai quali si possa valutare il raggiungimento dell'esito positivo o meno della prova. Tuttavia, la si potrà considerare raggiunta allorché, valutato il comportamento del minore durante l'espletamento della stessa, si possa ritenere conseguita

un'evoluzione della sua personalità in senso positivo a seguito di un atteggiamento di tipo meritevole. Non sono necessarie, né l'emenda completa né un mero e passivo adempimento del progetto. Nel caso in cui tali parametri siano stati rispettati e si ritenga raggiunta positivamente la prova, il giudice pronuncerà l'estinzione del reato per esito positivo della prova stessa. In queste ipotesi tuttavia, occorre ritenere che la valutazione del giudice, non dovrà essere effettuata solo in relazione al periodo di prova svolto ma anche in riferimento alla prognosi di evolutività del sua personalità in futuro²⁸⁵, pena la perdita del carattere innovativo dell'istituto. Nel caso in cui la prova dia esito negativo il processo riprenderà il suo corso ordinario, potendo ancora essere esperiti tutti i rimedi e gli istituti previsti nella fase processuale in cui questo riprenderà il suo corso. Gli elementi sommariamente descritti sopra riguardano le principali e più importanti caratteristiche dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova.

3.4 Prassi e problematiche applicative di mediazione minorile

In Italia, le modalità di sviluppo della mediazione minorile sono state di tipo *botton-up* a differenza di altri contesti, come quello francese, in cui ciò è stato di tipo *top down*²⁸⁶. Ciò significa che già prima dell'introduzione della mediazione, infatti, i progetti di messa alla prova includevano, nella maggior parte dei casi, ipotesi ristorative di tipo simbolico e burocratico. In particolare, si è passati da una fase iniziale di «*costruzione giuridica dello schema applicativo (gli articoli, le linee guida)*, ad una *costruzione sociale cercando di coinvolgere tutta la magistratura minorile (il seminario, la pubblicazione di atti, il ruolo dell'ufficio centrale di giustizia minorile)*. Un processo che si può definire di costruzione "socio-giuridica" della

²⁸⁵ LANZA E., *op. cit.*

²⁸⁶ Per un approfondimento, cfr. MASTROPASQUA I., *Mediazione penale e giustizia minorile*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 157-164.

mediazione penale»²⁸⁷. L'iniziativa in tal senso è avvenuta grazie ad alcuni giudici minorili che sono stati veri e propri pionieri e artefici di tale sviluppo.

Il contesto minorile si è dimostrato più propenso ad accogliere pratiche di mediazione in ragione della maggiore duttilità del minore deviante, la cui «*personalità in formazione permette di elaborare interventi mirati al suo sviluppo, al suo percorso di crescita e di maturazione*»²⁸⁸. Inoltre, anche l'impossibilità di costituirsi parte civile per la persona offesa ha reso e rende necessario fornire un contesto compensativo per la vittima del reato, oltre a costituire un opportuno rinforzo per l'attivazione di un processo di responsabilizzazione del minore²⁸⁹. L'attività di riparazione viene vista come parte del progetto educativo del giovane deviante.

Gli studi effettuati²⁹⁰ hanno dimostrato che la magistratura è stata determinante per la costruzione "socio-giuridica" della mediazione penale, nonché per il suo successivo sviluppo e applicazione.

La mediazione, inoltre, si è sviluppata e diffusa solo grazie alle risorse fornite dagli organi di governo locali. Una prima spinta è avvenuta grazie alla Corte Costituzionale che ha da sempre sollecitato un trattamento più specifico e di maggiore tutela per i minori²⁹¹.

Le norme che abbiamo analizzato precedentemente (artt. 9, 27, 28), tuttavia, presuppongono una limitata applicazione della mediazione poiché sono applicabili solo per i reati di scarsa entità. Ciò costituisce un grosso limite all'utilizzo e allo sviluppo della stessa in quanto, come abbiamo visto, essa

²⁸⁷ MESTIZ A., in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

²⁸⁸ COLAMUSSI M., *op. cit.*, p. 13.

²⁸⁹ SCARDACCIONE G., BALDRY A., SCALI M., *La mediazione penale, ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Giuffrè, 1998.

²⁹⁰ ut supra.

²⁹¹ Ciò è avvenuto già a partire dalla sentenza n. 168 del 1994 ha dichiarato l'illegittimità della pena dell'ergastolo per i minorenni sulla base della lettura congiunta degli articoli 27, 3 comma e 31. Infatti, dal combinato disposto di queste due norme ne ha ricavato la necessità di un trattamento differenziato per i minori rispetto al sistema punitivo generale. In particolare, dall'articolo 31 che impone la protezione dell'infanzia e della gioventù, si ricava l'incompatibilità dell'ergastolo per gli infra-diciottenni perché «*accomuna tale istituto di indubbia gravità nel medesimo contesto punitivo senza tenere conto della particolare condizione minorile*».

presuppone, per funzionare efficacemente, la sussistenza di affezioni che di regola seguono a reati di particolare importanza²⁹². Sono proprio le norme utilizzate in ambito minorile ad imporre un uso della mediazione limitato ai soli reati di scarsa entità in quanto la sentenza di non luogo a procedere impone questo requisito come presupposto di applicabilità.

La sospensione del processo con messa in prova, invece, può essere disposta anche per reati addirittura puniti con la pena dell'ergastolo, tuttavia, è a causa della prassi e delle scarse, almeno finora, sperimentazioni nel caso di reati più gravi che non vi è alcun tentativo di applicare l'istituto a questo tipo di offese.

I risultati delle indagini²⁹³, inoltre, dimostrano che i motivi della scarsa utilizzazione della pratica non sono legati ad una mancanza di entusiasmo o di interesse da parte dei magistrati, bensì è il criterio della "scelta dei casi" a costituire il motivo principale del suo mancato sviluppo²⁹⁴. Infatti, finché tale intervento verrà ritenuto utile quasi esclusivamente per i reati perpetrati ai danni di una persona con la quale il minore ha una relazione pregressa o *similia*, la mediazione è destinata a rimanere una lettera morta.

I magistrati, inoltre, attribuiscono alla mediazione un ruolo analogo a quello dei percorsi di riabilitazione/rieducazione. Tuttavia, *«la natura originaria della mediazione viene negata dal paradigma compensatorio che perde la sua peculiarità diventando un involucro di contenuto trattamentale che gli è originariamente e naturalmente estraneo. [...] Il paradigma ristorativo è attento ai bisogni della vittima. Il paradigma riabilitativo è correzionale e dunque attento ai bisogni del giovane deviante, e deve orientare*

²⁹² v. sopra.

²⁹³ per un approfondimento cfr. GHETTI in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

²⁹⁴ cfr. MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss; MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2012; MASTROPASQUA I., *Mediazione penale e giustizia minorile*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 157-164.

positivamente il processo evolutivo del giovane fin dalla fase punitivo-trattamentale privilegiata»²⁹⁵.

Un ulteriore motivo che influenza negativamente lo sviluppo di tali pratiche è dato dall'assenza di un riferimento normativo in ambito minorile che richiami il ricorso alla mediazione. Tale aspetto, ovviamente, implica uno sviluppo differenziato della mediazione a seconda delle prassi e delle opzioni dei vari Tribunali. Ancora, l'assenza di una normativa uniforme determina differenze applicative da parte delle diverse realtà territoriali.

Dall'esame delle ricerche effettuate²⁹⁶ emerge che il 41% dei ragazzi intervistati è approdato ad un effettivo percorso di mediazione. Nell'ambito di quelle avviate, quelle concluse positivamente si avvicina all'86%. La fase di selezione dei casi avviene su *l'an* della mediazione, mentre una volta che questa strada viene prescelta si conclude in massima parte positivamente. Per quanto riguarda gli autori di reato si tratta in massima parte (81%) di maschi di età compresa tra i 16 e 17 anni e di nazionalità italiana (97%). Considerato tuttavia il tempo della mediazione e quello processuale che porta alla sospensione con messa alla prova, si deve ritenere trattasi per lo più di ragazzi che hanno commesso il fatto quando avevano 15-16 anni; nel 66% dei casi vengono prescelti reati contro la persona. Ciò dimostra ancora una volta che, quando non sussistono criteri espliciti per la selezione dei casi, l'A.G. utilizza criteri impliciti, tra i quali predominante è quello di una relazione esistente tra la vittima e l'autore del reato. I dati dimostrano, poi, che i reati per i quali sussiste minor consenso alla procedura da parte dell'autore del reato sono l'ingiuria e il furto, mentre la rapina è il reato che vede il minor consenso da parte delle vittime e rappresenta il reato che nel minor numero dei casi arriva alla mediazione²⁹⁷.

²⁹⁵ PAVARINI M., in PICOTTI L (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998.

²⁹⁶ MASTROPASQUA CIUFFO in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

²⁹⁷ MASTROPASQUA CIUFFO in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

La motivazione che spinge di più le vittime alla mediazione è la sensazione di maggior tutela che le sentono di ricevere da parte del sistema²⁹⁸.

Le indagini dimostrano poi che è il PM ad inviare il maggior numero dei casi ed, in massima parte, per il tramite di cui all'art. 9 d.p.r. 448/88²⁹⁹. È proprio per il tramite di quest'ultimo istituto che vengono avviati tentativi di mediazione nel corso delle indagini preliminari che permettono di concludere con una richiesta di non luogo a procedere per tenuità del fatto (ex art. 27 d.p.r. 448/88) o con il perdono giudiziale qualora gli incontri abbiano esito positivo. In questo modo si esce dal circuito processuale in una fase estremamente avanzata della procedura, recuperando così una logica di vera e propria *diversion*, più connaturale alla sostanza dell'istituto. Certo, in queste ipotesi pende sempre la spada di Damocle del processo, nel senso che il minore sa che «*se a quella non vi partecipa ed in quella non si adopera proficuamente, finirà per entrare nel tunnel del processo penale e quindi per assumere il rischio della condanna e quello della pena*»³⁰⁰.

La mediazione inizia con l'incontro prima con l'autore e poi con la vittima separatamente e poi insieme. La durata media di tutto il percorso si aggira intorno alle 2 ore. Nella maggior parte dei casi vi partecipano 3 mediatori. Il 38% dei casi si conclude con un'attività riparatoria diretta (68% dei casi) o indiretta (32%) con esito sempre positivo.

Tali dati devono essere messi in relazione con la ricerca condotta da Dalla Libera e Vezzadini rispetto alla prassi del Tribunale di Bologna³⁰¹. Dall'indagine effettuata sul biennio 2008-2009 è emerso che, solo nell'11% dei fascicoli analizzati, si rinveniva traccia delle pratiche ristorative

²⁹⁸ AZZOLINI M., *L'esperienza della Mediazione Penale: il Lavoro dell'Ufficio di Milano*, in "Mediaries", 2007, fascicolo 10, pp. 105-121.

²⁹⁹ MASTROPASQUA CIUFFO in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004, p. 71.

³⁰⁰ PAVARINI M., *Dalla pena perduta alla pena ritrovata. Riflessioni su una 'recherche'*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", n. 1/3, 2001, p. 130.

³⁰¹ cfr. DALLA LIBERA E., VEZZADINI S., *Giustizia riparativa e messa alla prova: uno sguardo alle prassi del Tribunale per i minorenni di Bologna*, in "Minorigiustizia", n. 3, 2010, pp. 225 e ss .

effettuate nel corso della messa alla prova³⁰². In particolare le studiose hanno rivenuto: *«quattordici casi di mediazione penale, cinque casi di apology o scuse formali, quattro casi di risarcimento del danno ed un solo caso di prestazione di attività lavorative a favore della vittima, oltre ad una istanza molto generica di “riparazione” ed una di “riconciliazione” con la vittima, per un totale di ventisei pratiche effettivamente poste in essere»*³⁰³.

La ricerca ha evidenziato che nella maggior parte dei casi è stato proprio il minore a chiedere di poter riparare alle conseguenze che la sua condotta aveva determinato sulla persona offesa. Dei quattordici casi di mediazione penale, sette sono stati iniziati proprio a seguito della richiesta del minore.

«Ad esempio, in alcune relazioni dell'Ufficio distrettuale di servizio sociale inviate al Tribunale si legge che: “l'intenzione alla base di tale iniziativa sarebbe per la ragazza poter avere un tempo ed un luogo dedicato in cui potersi esprimere in modo autentico e completo, per manifestare il proprio dispiacere alla vittima, farle le proprie scuse e al tempo stesso dimostrarle il proprio cambiamento”; oppure “abbiamo considerato e riflettuto sulla possibilità e l'adeguatezza di un intervento di mediazione penale poiché, ancora una volta, il ragazzo ha espresso la propria convinta motivazione ad intraprendere un'azione riparatoria nei confronti della vittima di reato”. Ed ancora: “il minore è interessato ad un percorso di mediazione; il suo scopo non è quello di ottenere il perdono, che sinceramente non crede di meritare, ma è quello di poter esprimere il proprio dispiacere alla persona offesa”»³⁰⁴.

Negli altri casi, l'Ufficio del servizio sociale ha deciso di espletare la mediazione a prescindere dalla richiesta del minore. Tale prassi determina l'inevitabile rischio di piegare le pratiche più ad esigenze pedagogiche *«“minacciando” una strumentalizzazione della vittima nel nome di una migliore (ri)educazione del giovane autore di reato, anche a costo di produrre uno squilibrio ab origine fra le parti che certo non pertiene ai principi a cui si ispira il paradigma riparativo»*³⁰⁵.

³⁰² «I dati ufficiali mostrano che nel periodo 1992—2000 l'istituto è stato disposto in media nel 4,3% dei casi per i quali è stata avviata l'azione giudiziaria. Tra il 1997 e il 1999 tale media è aumentata assestandosi intorno al 5% mentre nel 2000 è salita significativamente al 8,4%» (cfr. MESTIZ A., *Messa alla prova e mediazione penale*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2005, p. 48).

³⁰³ cfr. DALLA LIBERA E., VEZZADINI S., *op. cit.*, p. 228.

³⁰⁴ cfr. *ut supra* p. 229.

³⁰⁵ cfr. *ut supra* p. 237.

La ricerca ha evidenziato, altresì, che raramente il Tribunale richiama le pratiche riparative nel programma di trattamento così da lasciare gli operatori dei servizi sociali liberi di esperirle quando lo ritengano opportuno, al fine di preservarne la sostanza dell'istituto.

Anche la prassi del Tribunale di Bologna evidenzia una maggiore propensione ad attuare gli incontri quando vi sia una relazione pregressa tra le parti.

In tre casi analizzati, è stato riscontrato che la mediazione non ha potuto avere luogo perché la vittima non ha voluto o potuto incontrare il reo³⁰⁶. Il dato è estremamente significativo in quanto dimostra, contrariamente alla maggioranza dell'opinione pubblica, la netta propensione delle vittime a voler incontrare l'autore del reato. Anche gli studi effettuati in ambito internazionale smentiscono tale comune sentire e dimostrano, invece, la grande disponibilità delle persone offese a voler incontrare i loro assalitori³⁰⁷.

Dei casi analizzati, solo uno richiama il riferimento alle prestazioni gratuite a favore della vittima, ma non era presente alcun riscontro in merito all'effettivo svolgimento o meno delle stesse. Ciò è indice di quanto tali prassi siano sottovalutate nonostante le stesse presentino estrema importanza nel contesto dei paesi anglosassoni in cui vengono

³⁰⁶ cfr. *ut supra* p. 230.

³⁰⁷ per un approfondimento cfr. GELSTHORPE L., SKINS L., *Restorative practices: repairing harm through kith and kin*, in F Ebrehaj, Oxford, 2006; GATTI U., MARUGO M., *Verso una maggiore tutela delle vittime: la giustizia riparativa al vaglio della ricerca empirica*, in "Rassegna Italiana di Criminologia", 1992, pp. 487; SHAPLAND J., *Implementing restorative justice schemes (Crime Reduction Program)*, A report of the first year, Home Office online, 32/2004, in www.homeoffice.gov.uk; SHAPLAND J., *Restorative Justice in Practice—findings from the second phase of the evaluation of the three schemes*, Home Office online, 2006, in www.homeoffice.gov.uk; SHAPLAND J., *Restorative Justice: the View of Victims and Offenders, the third report from the evaluation of three schemes*, Ministry of Justice Research Series, 3/07, June 2007, in www.justice.gov.uk; SHAPLAND J., *Does Restorative Justice Affect Reconviction? The Fourth Report of the Three Schemes*, Ministry of Justice Series, 10/08, June 2008, in www.justice.gov.uk/publications/research.htm; SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007; WEMMERS J. A., CYR K., *Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims Experiences in Mediation with Young Offenders*, in Canadian Journal of Criminal Justice/ Revue Canadienne de Criminologie et de la Justice Penal, n 47, 3 July 2005, pp. 527—544; CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative justice and victim—offender mediation*, Mediation UK, October 2003.

notevolmente incentivate. Anzi, esse costituiscono nella maggior parte dei casi, l'epilogo della mediazione quale frutto dell'accordo ristorativo. Nel nostro ordinamento sono, invece, in massima parte sconosciute e comunque disancorate dal percorso di mediazione e più propriamente collegate alle pratiche riparative genericamente intese senza alcun riferimento al precedente percorso tra le parti. A parte il triste dato del loro scarso sviluppo, ciò che preme evidenziare, ancorché non è possibile un adeguato approfondimento della tematica, è che esse, per essere efficaci in termini di risultati e trovare una maggiore applicazione, è necessario vengano precedute dagli incontri di mediazione³⁰⁸. Ciò è altresì necessario per evitare che si trasformino in sanzioni celate — o che vengano percepite come tali dai rei — stante l'assonanza con i lavori di pubblica utilità.

Dalla ricerca analizzata, dunque, è emerso che ben pochi sono stati i casi inviati in mediazione o legati a forme di giustizia ristorativa che presupponessero il contatto diretto o indiretto tra la vittima e l'autore del reato³⁰⁹. Ciò si pone in netta controtendenza rispetto alla prassi degli altri Tribunali di Italia³¹⁰. Addirittura, le autrici riferiscono che le analisi effettuate presso il Tribunale di Bari dimostravano che già negli anni 1991-1996, l'81,1% dei casi di sospensione con messa alla prova effettuate con imputati minorenni includevano forme di *restorative justice*³¹¹. La spiegazione, secondo le autrici, potrebbe essere giustificata dall'assenza di adeguate forme di promozione della cultura della mediazione tra gli operatori, nonché l'assenza di un protocollo di intesa tra il Centro di mediazione del territorio bolognese ed i vari organi giudiziari e sociali, a

³⁰⁸ per un approfondimento cfr. MORRIS A., MAXWELL G., *Restorative Justice for Juveniles*, Oxford, Portland Oregon, 2001; MIERS D., *An exploratory evaluation of restorative justice schemes*, Crime Reduction Research, Series Paper 9, Home Office, September 2001, National Commission On Restorative Justice, *Final Report*, PDF document (Ireland); MARSHALL T., *Restorative Justice: an overview*, A Report by the Home Office, Research Development and Statistics Directorate, 1999.

³⁰⁹ cfr. DALLA LIBERA E., VEZZADINI S., *op. cit.*, p. 236.

³¹⁰ Per un approfondimento cfr. MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2012.

³¹¹ cfr. DALLA LIBERA E., VEZZADINI S., *op. cit.*

differenza di quanto accade in altre realtà del territorio. Ciò è vero ancorché quest'ultima non sia da considerarsi condizione necessaria e sufficiente per garantire lo sviluppo della mediazione, stante la non obbligatorietà del ricorso agli stessi.

La spiegazione piuttosto pare essere riconducibile all'assenza di un «*substrato valoriale ed ideologico*»³¹² legato alle pratiche ristorative o di mediazione penale in questo territorio.

Lo sviluppo attuale della mediazione minorile in Italia ad oggi è quasi esclusivamente legato alle pratiche di messa alla prova e alle statistiche elaborate per questo istituto³¹³.

Ciò che si scorge, tuttavia, è che la mediazione viene piegata alle logiche della giustizia che dovrebbero rimanervi estranee, nel senso che la mediazione viene a costituire una nuova modalità "trattamentale". In questo modo, tuttavia, «*la natura originaria della mediazione viene irrimediabilmente negata: il paradigma compensatorio perde la sua peculiarità, facendosi solo involucro ad un contenuto trattamentale che gli è originariamente e naturalmente estraneo*»³¹⁴.

3.5. La modalità di applicativa della mediazione minorile in

Italia

Occorre anzitutto precisare che esistono diverse fasi della mediazione³¹⁵.

1. La prima è pre-mediazione che può articolarsi in modi differenti a seconda della natura del progetto. Anzitutto il mediatore verifica la disponibilità delle parti e viene siglato un protocollo di mediazione di contenuto altamente simbolico, ovvero funzionale a ricordare alle parti la rilevanza dell'impegno assunto e ad evidenziare alcuni aspetti

³¹² cfr. DALLA LIBERA E., VEZZADINI S., *op. cit.*, p. 237.

³¹³ MESTIZ A., *Messa alla prova e mediazione penale*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2005, p. 51.

³¹⁴ PAVARINI M., *Dalla pena perduta alla pena ritrovata. Riflessioni su una 'recherche'*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", n. 1/3, 2001, p. 129.

³¹⁵ cfr. VEZZADINI S., *op. cit.*

centrali del processo di mediazione, quali la volontarietà della decisione di parteciparvi, la privatezza degli incontri e la posizione terza e imparziale del mediatore, elementi questi tutti approvati per iscritto;

2. La fase di mediazione: spetta al mediatore decidere il numero e la durata degli incontri in relazione al caso da trattare. Ancora è il mediatore a stabilire se operare una mediazione diretta o indiretta. Al termine della discussione vengono invitate le parti a raggiungere un accordo ristorativo;
3. La fase della ricerca di un accordo: in questa fase il ruolo del mediatore assume specifici connotati a seconda del tipo di mediazione. Il ruolo del mediatore infatti, non è neutro bensì diretto a guidare le parti nella ricerca di una modalità di risoluzione del conflitto. Pertanto in questa fase può adottare vere e proprie strategie dirette al raggiungimento dell'accordo;
4. La fase dell'accordo: se i soggetti hanno raggiunto un accordo il mediatore li aiuterà a redigere per iscritto i contenuti dello stesso. In caso di esito positivo della pratica una copia verrà inviata al magistrato competente che dovrà maturare una decisione a questo proposito. In caso di esito negativo, invece, ossia di mediazione non riuscita, al magistrato viene inviata una lettera in cui si afferma che la mediazione non è stata portata a termine senza precisare le ragioni o le responsabilità delle parti;
5. La fase successiva all'esecuzione dell'accordo: si tratta del momento in cui il mediatore verifica se i contenuti dell'accordo sono stati rispettati. A differenza della giustizia ordinaria, il mediatore è responsabile della verifica sulla corretta esecuzione dell'accordo.

Meritano un cenno le diverse fasi della mediazione così come identificate da Morineau³¹⁶:

- 1) la narrazione dei fatti e dei vissuti soggettivi;
- 2) la krisis: momento del confronto che mette in circolo le emozioni;

³¹⁶ per un approfondimento cfr. MORINEAU J., *Lo Spirito della Mediazione*, Milano, Franco Angeli, 2000 .

3) la catarsi: momento di accoglimento della sofferenza che permette di superare e risolvere il conflitto.

Il primo progetto di mediazione penale minorile³¹⁷ è stato introdotto a Torino nel 1995 grazie al sostegno del Centro per la Giustizia Minorile della Regione Piemonte e del Comune di Torino. Successivamente sono state create strutture simili nell'ordine a Bari, Trento, Catanzaro, Roma, Milano, Sassari, Cagliari e Foggia. Poi via via in tutta Italia.

Tra i diversi progetti sussistono analogie e differenze³¹⁸. Quanto alle analogie, esse si sostanziano sia nelle procedure (soprattutto in relazione alle modalità di invio dei casi da parte del Procuratore minorile ai servizi della mediazione) e alle istituzioni coinvolte³¹⁹. Analoga è anche la base normativa che viene utilizzata per ricorrere alla mediazione e che abbiamo già approfondito nei paragrafi precedenti.

Le differenze attengono soprattutto alle modalità più operative, ai contenuti della mediazione, ai principi ispiratori e agli obiettivi³²⁰. In alcune realtà (come Trento, Milano e Bari), poi, si integrano diverse tipologie di mediazione (sociale, familiare, penale), in altre, invece, (cfr. Torino), si assiste ad un contesto più propriamente giuridico-criminologico. Un'ulteriore elemento di differenziazione che emerge dalle indagini concerne, come anticipato, le modalità con le quali la mediazione viene finanziata, in quanto in alcuni casi è il Comune, in altri casi sono investitori privati ed ancora le Istituzioni.

A Torino, dove si sono svolti il maggior numero di casi, la procedura è articolata in quattro fasi. Inizialmente il giudice o il Pubblico Ministero,

³¹⁷ per un approfondimento dei diversi progetti di mediazione minorile sviluppati in Italia cfr. MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2012; AZZOLINI M., *L'esperienza della Mediazione Penale: il Lavoro dell'Ufficio di Milano*, in "Mediaries", 2007, fascicolo 10, pp. 105—121.

³¹⁸ per un approfondimento cfr. SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", n. 3-4, 2001, pp. 129 e ss.

³¹⁹ Esistono protocolli di intesa simili che coinvolgono le varie istituzioni. Inoltre, in tutte le esperienze i gruppi di mediazione sono interdisciplinari.

³²⁰ cfr. SCARDACCIONE G., *op. ult. cit.*

inviano una richiesta al mediatore incaricato dall'Ufficio di Mediazione inserito all'interno del Tribunale perché verifichi se sussiste la possibilità di mediazione tra l'autore e la vittima del reato.

Successivamente il mediatore provvede a contattare singolarmente la vittima e l'autore del reato, di regola per telefono, al fine di verificare la sussistenza del loro consenso alla procedura e per spiegare in cosa consista la mediazione. Poi, lo stesso invita le parti ad esprimere le proprie opinioni circa la fattibilità della mediazione stessa e di quale sia il loro punto di vista in relazione al reato. Passata questa fase, detta "della verifica", il mediatore saggia, appunto, le motivazioni e le aspettative delle parti; se la mediazione non è possibile riferisce al Pubblico Ministero l'impossibilità di procedere.

Se invece vi sono concrete possibilità di continuare con la procedura, il mediatore provvede a fissare la data dell'incontro "faccia a faccia". Questo di regola viene condotto contemporaneamente con l'apporto di due mediatori senza la presenza di terzi (né avvocati, né genitori). La presenza di due mediatori viene consigliata perché il mediatore è una figura cruciale che non giudica, non esprime opinioni, è soltanto colui che, nell'incontro, dirige i lavori, suggerisce di parlare, ma non esprime alcun tipo di posizione propria e non può in alcun modo farlo, pena, il pregiudizio dell'intera procedura. Inoltre, deve cercare di rimanere il più possibile neutrale senza in alcun modo farsi influenzare da una delle parti. Da qui l'opportunità della presenza di due mediatori, per evitare che uno subisca eventuali condizionamenti o ne venga in qualche modo compromessa l'imparzialità³²¹.

La seduta procede in questo ordine. Dapprima vi è l'accoglienza delle parti. Il mediatore cerca di mettere la vittima e l'autore del reato a proprio agio spiegando nuovamente loro in cosa consista la mediazione e come si svolgeranno le sedute. Secondariamente, si procede con il racconto dei fatti da parte di entrambi; poi segue il riassunto del mediatore che ricercherà i punti d'incontro, per il successivo dialogo funzionale all'accordo

³²¹ Per un approfondimento vedi sopra.

conclusivo. «*Si può considerare esperita efficacemente la seduta che si conclude con una comune visione dei fatti dalla quale scaturisce un accordo*»³²².

L'Ufficio di Mediazione di Milano, invece, segue il cosiddetto modello umanistico³²³ di mediazione elaborato da Jaqueline Morineau, secondo lo schema 1) invio; 2) primo contatto; 3) colloqui preliminari; 4) incontro faccia a faccia; 5) conclusione³²⁴. Per usare proprio le sue parole si può definire la mediazione come «*un contenitore privilegiato per accogliere il disordine, l'insieme dei sentimenti, delle emozioni e dei vissuti di sofferenza che il soggetto prova rispetto al conflitto*»³²⁵. Secondo questo modello la mediazione passa attraverso tre fasi: l'accoglienza, l'incontro e infine l'accordo.

Nella prima fase, il mediatore procede ad accogliere le parti, facendole sedere attorno ad un tavolo, da una parte i configgenti e dall'altra tre mediatori³²⁶. Questa fase è di regola diretta a spiegare alle parti in cosa consista la mediazione, come si svolgerà il lavoro; in questa sede viene riferito il presupposto obbligatorio della seduta e cioè il dover rispettare una regola fondamentale: non interrompere l'altro quando parla.

Successivamente, segue la fase della narrazione in cui ciascuna parte racconta il fatto, con le sensazioni che ha provato e tutto ciò che si sente di esprimere, senza limiti di tempo e senza costrizioni. Il mediatore in questa fase è meramente passivo ed ascolta: è molto probabile, tuttavia, che le parti parlino senza intendersi in quanto le stesse sono ancora direzionate su due binari diversi, le emozioni hanno il sopravvento ed il rapporto è indirettamente influenzato dalla presenza di sentimenti forti che lo hanno

³²² ME.D.I.A.RE, *Atti del seminario del progetto Me.D.I.A.Re (2004)*, in www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_11_1&contentId=SPS59944.

³²³ Per un approfondimento sui vari tipi di modelli esistenti di mediazione cfr. COPPOLA DE VANNA A., *La mediazione tra Moda e Modelli*, in "Mediaries", 2007, fascicolo 10, pp. 69-82.

³²⁴ VEZZADINI S., *op.cit.*

³²⁵ MORINEAU J., *op. cit.*

³²⁶ Addirittura qui viene scelto di far presiedere la seduta da tre mediatori per evitare i condizionamenti citati sopra sui quali non mi soffermerò ulteriormente.

caratterizzato fino a quel momento; regolarmente è in questo momento che si assiste ad una visione dell'altro forzata e fuorviata da quello che è stato il loro contatto precedente, ossia il reato.

«Ogni qual volta l'alterità dell'altro si manifesta non viene valutata come possibile diversità ma come una diversità negativa, l'altro diventa estraneo, il soggetto incomprensibile con il rischio di bipolarizzare l'oggetto della nascita della visione amico-nemico e l'evolversi della crisi verso il dissidio»³²⁷.

La stessa Morineau evidenzia tre modi in cui si può percepire l'altro:

- *'l'io sento'*: è il primo contatto che si stabilisce con una persona mediante l'utilizzo dei propri sensi ed è paragonabile al modo di apprendimento dei bambini quando entrano in contatto con il mondo, in cui percepiscono gli oggetti con i sensi e scoprono così, sempre nuove cose;
- *'l'immagine'*: costituisce il frutto dell'elaborazione delle percezioni che si sono avute tramite *'l'io sento'* e che vengono elaborate da un soggetto; esse costituiscono il frutto delle proprie esperienze, vissuti e valori e permettono l'elaborazione di un'idea che viene a costituire appunto *l'immagine* della persona. Da notare che *'l'immagine'* è fortemente influenzata da un giudizio, anzi più precisamente esprime essa stessa un giudizio;
- *'la reazione'*: costituisce proprio lo stimolo, l'impulso che segue all'*immagine* che è stata costruita su quell'altra persona.

Nella mediazione si cerca di raggiungere uno stato paragonabile *'all'io sento'*, l'unico in grado di percepire effettivamente l'altro come una persona, senza influenze di giudizio. In realtà, i confliggenti sono già, tra di loro, nella fase *'della reazione'*, perché la loro percezione è già passata in questa fase a seguito del reato che li ha messi in contatto ed è pertanto necessario tornare indietro ad una fase iniziale, ossia *'all'io sento'*. Questo può avvenire solo mediante la possibilità, offerta proprio dalla mediazione,

³²⁷ CERETTI, A., in PICOTTI L (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998.

di sfogare le proprie pulsioni, i sentimenti, il disordine che caratterizza la relazione al fine di ritrovare l'ordine. Grazie 'all'io sento' possono essere espresse le sfere più intime di una persona e possono essere mostrate all'altro per far sì che l'altro, appunto, lo possa percepire in un modo diverso³²⁸.

La mediazione introduce quindi un ordine, una 'dimensione simbolica', che permette agli individui di essere diversi e capirsi. La mediazione c'è quando entrambe le parti sono in questa fase. Questo accade quando le parti iniziano a guardare l'altro come qualcosa di diverso, non più come un nemico, ma come una persona diversa da sé, un avversario con il quale è possibile confrontarsi. Con la modifica delle percezioni che si hanno dell'altro cambiano anche le modalità di dialogo e le parti iniziano così a parlare in modo diverso e possono finalmente comprendersi³²⁹.

Se ci si esprime con Habermas,

«la mediazione è una forma di "agire comunicativo" che vede due soggetti coinvolti che guardano all'intesa e che utilizzano il linguaggio come un medium di comprensione. Quando arrivano in mediazione si muovono con "agire strategico o teleologico", fanno riferimento a ciò che è accaduto, ciascuno vuole prevalere sull'altro e utilizza la propria parola per dominare l'altro»³³⁰.

Il mediatore aiuta le parti in questo percorso, è per questo un accompagnatore che permette di raggiungere il livello di comunicazione grazie al lavoro che compie su ciascuna parte.

«Il mediatore non deve mettere in mostra se stesso, la sua abilità o il suo potere: il mediatore non ha e non deve avere potere alcuno. Piuttosto sarà un facilitatore della comunicazione, che stimola e agevola ritirandosi quanto più e quanto prima possibile nell'ombra per lasciare il massimo spazio e un'assoluta plempotenzarietà alle parti, ai loro desideri, alle loro idee per una soluzione costruttiva»³³¹.

³²⁸ MORINEAU J., *op. cit.*

³²⁹ ut supra.

³³⁰ BRUNELLI F., *La tecnica di mediazione*, in PICOTTI L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1997.

³³¹ CASTELLI S., *La Mediazione: Teorie e Tecniche*, Raffaello Cortina Editore, 1996, p. 76.

La tecnica che utilizza è quella cosiddetta dello “*specchio*” che consiste in un lavoro basato sulle sensazioni e sull’empatia. Il mediatore dapprima ascolta il soggetto, poi successivamente gli parla cercando però di lasciar trasparire quali sono le sue sensazioni e cos’ha provato mentre l’ascoltava, quantomeno in termini di sentimenti³³². La cosa importante da ricordare è che il mediatore non è un giudice e di conseguenza non giudica, non esprime opinioni, non si forma un’opinione preconcepita, ma aiuta le parti a capirsi e, per far ciò, fornisce quegli input necessari per sbloccare le situazioni e per far sì che i soggetti parlino di sé. In questo modo si permette alla persona di essere effettivamente quella che è, di esprimersi, di liberare le sue emozioni e, grazie a quest’evoluzione, è possibile finalmente che divenga capace di cambiare il proprio punto di vista sull’altro, che vengano modificate le sue prospettive, per arrivare a superare l’*empasse* di comunicazione così da ricostruire un rapporto perduto a causa dei sentimenti di ostilità provocati dal reato.

« Un aggettivo può essere sufficiente per provocare qualcosa e per determinare una reazione nella persona; a volte basta una sola parola per fare lo specchio e fare sì che il soggetto riconosca e possa esprimere i suoi sentimenti e i vissuti più profondi in rapporto al conflitto. Il mediatore ascolta e rinvia ciò che sente, permette al soggetto di riconoscere i sentimenti che prova e offre l’opportunità perché vengano espressi; successivamente riparte proprio da queste espressioni, da ciò che ha ricevuto e percepito nuovamente attraverso la relazione empatica e rinvia ad altri sentiti, in un meccanismo di ‘rimbalzo’, di restituzione continua alla parte delle emozioni che emergono dalla sua narrazione, consentendo al soggetto di andare oltre, fino al centro e all’origine della sofferenza(.)Il mediatore, all’interno di questa dialettica deve cogliere i momenti di contatto tra le due parti, se ci sono, e deve lavorare su quelli, sui piccoli momenti in cui un soggetto parla all’interno ‘*dell’io sento*’»³³³.

Quello che è fondamentale notare è che questo lavoro deve essere necessariamente rivolto al presente. Perché tutto ciò possa concretizzarsi, ritornando ‘*all’io sento*’ è necessario, non dico che il passato venga dimenticato, ma che perlomeno venga messo da parte e che non ci si

³³² MORINEAU J., *Lo Spirito della Mediazione*, Milano, Franco Angeli, 2000.

³³³ AZZOLINI M., *L’esperienza della Mediazione Penale: il Lavoro dell’Ufficio di Milano*, in “*Mediases*”, 2007, fascicolo 10, pp. 113.

fossilizzi su di esso. E per questo che la ricostruzione del fatto deve essere un punto di partenza imprescindibile cui non si può trascendere, perché, diversamente, si rischia di impostare tutta la conversazione, il dialogo e il confronto sul passato senza concentrarsi su quali siano le sensazioni e le emozioni del presente che sono quelle che effettivamente permettono di ripartire. Infatti, la mediazione si rivolge al presente e si svolge nel presente.

Mentre il processo è rivolto al passato, nel tentativo di ricostruire quello che è stato il fatto e come si è verificato, la mediazione, invece, è proiettata totalmente nel presente per tentare di trovare un punto di incontro dal quale ripartire per cercare di costruire il futuro. Questo è il punto di maggior distacco tra le diverse correnti di pensiero: la teoria retributiva è impostata sul passato, quella riabilitativa sul futuro e solo le teoriche ristorative sono inserite assolutamente e fundamentalmente nel presente. È nel presente che si deve lavorare; è nel presente che si possono trovare le soluzioni che permettono di cancellare o, comunque meglio, di superare l'offesa e di dirigersi verso una nuova prospettiva.

Al momento giusto, il mediatore deve sapersi ritirare e ascoltare e lasciare solo alle parti il diritto di parlare, è solo così che le parti possono finalmente tentare di capirsi.

«Il mediatore è come un tiratore d'arco che per toccare il bersaglio deve smettere di voler colpire ma deve fare un lavoro su se stesso di attenzione e concentrazione. Il tiratore è concentrato profondamente ed è presente quando tira e la freccia parte senza che egli abbia guardato il bersaglio. L'intervento diretto del mediatore è come la freccia, perché se passa per il mentale non sarà più possibile toccare nulla. Spetta solo al soggetto utilizzare come meglio crede la freccia che è arrivata»³³⁴.

Dopo questa fase delicatissima, il mediatore procede al riassunto dei punti di assenso raggiunti e, infine, verifica quale sia lo spazio per raggiungere un accordo dal contenuto ristorativo. Non necessariamente questo accordo sarà

³³⁴ BRUNELLI F., *La tecnica di mediazione*, in PICOTTI L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1997.

raggiunto, poiché non è assolutamente garantito che la mediazione abbia esito positivo.

Il suo contenuto può essere il più disparato, ma comunque ha generalmente, e soprattutto, un contenuto simbolico per le parti, prima ancora che materiale, fondamentale per la vittima. È proprio in questo il contenuto terapeutico della mediazione, in quanto, se la stessa ha ottenuto successo, il reo avrà capito il reale significato delle sue azioni, ciò che il reato ha provocato nella vittima e vorrà, di conseguenza, tenere fede all'accordo. Spesso scatta un nuovo sentimento negli aggressori: la vergogna e il pentimento per le proprie azioni che costituisce la nuova linfa per ridare un significato alla loro vita. Ovviamente ciò non sempre accade, ma quando si verifica, il rispetto dell'accordo diventa il primo passo verso il cambiamento, verso qualcosa di veramente nuovo per loro.

4. La messa alla prova negli imputati adulti

Con l'introduzione della messa alla prova nel nostro ordinamento si è finalmente avviata una vera e propria rivoluzione copernicana nel modo di intendere la pena ed il processo volgendolo verso istanze ad un tempo deflative e rieducative. Come vedremo in seguito, in realtà, è bene anticiparlo fin da subito, la disciplina che ne è risultata appare sbilanciata verso istanze deflative in luogo di quelle specialpreventive positive.

Tale istituto non costituisce un'assoluta novità nel nostro sistema in quanto, come abbiamo visto, esso era già da tempo previsto e disciplinato — nonché sperimentato — in campo minorile (art. 27 d.p.r. 448/88).

L'occasione per la sua introduzione nel processo con imputati adulti è stata il monito della Corte europea per i diritti dell'uomo che, con la sentenza pilota “Torreggiani”³³⁵, ha constatato la condizione di sistemica violazione dei diritti dei detenuti da parte dello Stato italiano causata dal sovraffollamento carcerario e, nel contempo, ha imposto di introdurre forme

³³⁵ *Torreggiani e altri c. Italia* (ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10), adottata l'8 gennaio 2013, che ha condannato lo Stato italiano per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU).

punitiva che prescindessero dal ricorso alla sanzione carceraria, oltre alla drastica riduzione delle misure cautelari detentive. È stato proprio nel tentativo di dare attuazione a tali prescrizioni che il legislatore è intervenuto con la disciplina della messa alla prova per gli imputati adulti (art. 168 bis e ss. c.p.). Infatti, mediante tale istituto si raggiunge l'obiettivo di evitare il contatto dell'indagato con l'ambiente penitenziario e, ancora prima, con il sistema processuale e con le stigmatizzazioni che ne derivano. Per tale motivo la messa alla prova può definirsi a metà strada tra i meccanismi di *diversion* e di *probation* anglosassoni. Dal primo mutua la diversione (di cui al nome) dal sistema processuale. La *diversion*, infatti, identifica ogni deviazione dal processo penale anteriore alla sentenza di condanna pronunciata da un Tribunale e si traduce nella partecipazione dell'indagato a qualche programma non penale, programma il cui fine non è punire il colpevole, bensì aiutarlo a risocializzarsi o a risolvere il conflitto che lo ha condotto al reato e che lo vede contrapposto alla vittima. «*Diversion è dunque ogni strategia volta a favorire la rinuncia al processo prima della decisione emessa in sede giurisdizionale*»³³⁶. Dalla *diversion* anglosassone, tuttavia, l'istituto si discosta non solo per la parziale applicabilità, ma altresì per la mancata previsione di forme di sanzioni analoghe al *Community work* anglosassone. Tale tipo di pena, comminabile solo per gli imputati che si sono dichiarati colpevoli³³⁷, presuppone la possibilità per il Tribunale di imporre al condannato lo svolgimento di attività funzionali al suo recupero, attività che possono essere variamente imposte dal giudice senza alcuna

³³⁶ Per un approfondimento cfr. CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, G Giappichelli Editore, 2010.

³³⁷ Nel sistema inglese, come anticipato precedentemente, il *plea guilty* costituisce la cartina di tornasole per l'accesso ai benefici. Solo quanti si dichiarano colpevoli — grazie al risparmio di tempo, energie e soldi pubblici che ne consegue — possono usufruire di considerevoli sconti di pena nonché del *community order*, possibilità invece preclusa a quanti si dichiarano innocenti (e risultino poi colpevoli). Questo tipo di sistema di natura premiale — nonostante i limiti e le problematiche che ne possono derivare per il caso di quanti, seppur innocenti, si professino colpevoli — ha sicuramente molteplici vantaggi che, a nostro avviso, dovrebbero essere presi in seria considerazione. Non è questa, tuttavia, la sede appropriata per un tale approfondimento. Preme solo definitivamente sottolineare che anche la mediazione costituisce un beneficio di cui può usufruire solo l'imputato che si dichiara colpevole.

astratta predeterminazione legislativa in tal senso³³⁸. Tramite questa pena, dunque, si può raggiungere la finalità di caricare la sanzione di un programma di rieducazione che sia il più possibile vicino alle necessità di specialprevenzione. Vero è che con la messa alla prova si può ottenere un risultato simile, ma i due istituti sarebbero completamente sovrapponibili solo estendendo l'applicabilità del primo oltre gli angusti limiti entro cui è stato delimitato dal legislatore italiano. Invero, come approfondiremo anche oltre, occorrerebbe altresì che l'espletamento delle pratiche di pubblica utilità non fosse limitato entro i binari delle convenzioni che i vari Tribunali stipulano con gli enti pubblici³³⁹ ma si potesse ridisegnare l'istituto secondo la massima flessibilità che lo dovrebbe caratterizzare, così determinandone anche una maggiore estensione delle ipotesi applicative.

Della *probation*, dall'altro lato, condivide la condizione di essere un meccanismo diretto ad evitare il carcere, ed il sistema detentivo generalmente inteso, tramite la previsione di sistemi sanzionatori alternativi. L'introduzione di procedure che, anche per gli imputati adulti, siano finalmente alternative al carcere e che, soprattutto, prescindano dal processo, è sicuramente un buon punto di partenza nell'ottica di una ridefinizione dell'idea di giustizia. Tuttavia, preme fin da subito sottolineare, come il legislatore abbia anche questa volta adottato un'impostazione cauta che difficilmente potrà raggiungere i risultati sperati.

Per ottenere finalmente l'obiettivo di introdurre una nuova giustizia che sia veramente tale occorrerà necessariamente — lo si anticipa fin da ora — superare i timori che da sempre accompagnano le scelte più radicali (opinione pubblica *in primis*) in favore di opzioni ermeneutiche realmente efficaci, svincolate dai garantismi di facciata e maggiormente ancorate al reale obiettivo da perseguire.

³³⁸ Digni di nota, il lavoro di pubblica utilità, attività a favore della vittima del reato, partecipazione a corsi, incontri di formazione, etc. etc. . solo per citare alcuni esempi.

³³⁹ Per un approfondimento cfr. CONTI C., *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in PALAZZO F., SPANGHER G., (a cura di), "Giurisprudenza italiana dal 1849. Gli Speciali", Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso 2015, IPSOA, 2015.

4.1 Collocazione e natura dell'istituto

La collocazione della messa alla prova agli art. 168 bis e s.s. c.p., e dunque nel capo I Titolo VI del libro I, ne evidenzia la natura ad un tempo di beneficio e dall'altro lato di causa di estinzione del reato³⁴⁰.

La corrispondente disciplina processuale — che ne specifica le modalità applicative — contenuta agli articoli 464 *bis* e s.s. c.p.p. gli fa assurgere altresì natura di procedimento speciale affiancandolo così al procedimento per decreto, al rito abbreviato, al giudizio immediato, a quello direttissimo e al patteggiamento.

Dall'altro lato, invece, lo scopo dell'analogo istituto previsto in ambito minorile «è *fondamentalmente educativo e socializzante. Non vi sono preclusioni soggettive od oggettive (.) perché l'obiettivo è sostenere il giovane imputato nel percorso di formazione della sua personalità*»³⁴¹.

Diversamente, dunque, da quanto avviene per gli imputati adulti.

La limitata fruibilità soltanto ai reati meno gravi in uno con le altre preclusioni oggettive e soggettive che verranno in seguito analizzate, ne evidenzia chiaramente la finalità diretta a divertere dalla giustizia ordinaria i casi meno gravi anticipando l'esecuzione della pena, al fine di sostituirla con lo svolgimento di attività socialmente utili³⁴². Da qui l'evidente natura meramente deflattiva dell'istituto.

4.2 Ambito applicativo: il limite edittale di pena

Per meglio circostanziare l'affermazione contenuta in chiusura del precedente paragrafo, pare opportuno analizzare immediatamente i caratteri precipi dell'istituto di nuovo conio.

³⁴⁰ Vedi art. 141 bis d.lgs. 271/1989 introdotto dall'art. 5 l. 67/2014.

³⁴¹ ZACCARO G., *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in “Questione giustizia”, documento online <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/map-adulti.pdf>

³⁴² vedi nota precedente

L'art. 168 *bis* c.p. prevede anzitutto che «nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale, l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova».

Già ad un esame superficiale della norma si può immediatamente constatare la limitata rilevanza dell'intervento normativo. Circoscriverlo, infatti, soltanto alle ipotesi di reati puniti con la pena edittale detentiva non superiore ai quattro anni evidenzia la scarsa fruibilità della misura soltanto alle ipotesi meno gravi.

Anzitutto, l'esplicito riferimento alla pena edittale esclude già in radice la possibilità di estenderne l'applicazione alla sanzione giudizialmente comminata nell'ottica di una più complessiva valutazione del fatto di reato. Ciò preclude, dunque, ad esempio, l'applicabilità dell'istituto ai reati meramente tentati che, seppur puniti con pena edittale superiore, sarebbero tuttavia punibili in concreto, in applicazione della diminuzione prevista dall'art. 56 c.p., in misura inferiore. Così come si esclude rilevano i delitti circostanziati³⁴³ che potrebbero rientrare solo concretamente — ancorché non astrattamente — nella previsione *de quo*, ma ne restano esclusi dall'esplicita *voluntas legis*³⁴⁴.

³⁴³ Ad eccezione dei delitti circostanziati per i quali è prevista una pena di specie diversa i quali, ovviamente, vi rientrano qualora siano rispettati i limiti edittali (per un approfondimento cfr. TRAPELLA F., BARDELLE F., *Il protocollo rodigino sulla messa alla prova per maggiorenni*, in "Cassazione Penale", fasc.9, 2015, pag. 3339B).

³⁴⁴ A ben vedere, tale ultima scelta è stata giustificata dal legislatore al fine di estenderne la fruibilità in quanto, se fosse stata privilegiata l'opzione per il reato circostanziato, la concedibilità della messa alla prova per i reati di media gravità sarebbe stata esclusa in radice. Tra l'altro, la Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza Gnocco del 2015 ha ritenuto applicabile la messa alla prova anche al reato di cui all'art. 73, comma V, T.U. sost. stupefacenti (ancorché aggravato ex art. 80) in quanto la valutazione sulla concedibilità dell'istituto è stata già fatta in astratto dal legislatore e dunque non è sindacabile in radice. Per un approfondimento cfr. CONTI C., *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in PALAZZO F., SPANGHER G., (a cura di), "Giurisprudenza italiana dal 1849. Gli Speciali", *Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso 2015*, IPSOA, 2015.

Quanto all'applicabilità parziale della messa alla prova³⁴⁵, ossia soltanto ad alcuni dei reati commessi di quelli per i quali si sta procedendo all'interno del medesimo procedimento, qualora solo alcuni rientrino nel limite edittale di cui sopra, dopo un'apertura in tal senso ad opera del Tribunale di Torino³⁴⁶, è stata esclusa dalla Cassazione nella nota sentenza Allotta³⁴⁷. In particolare, si è argomentato che la separazione, in presenza della sospensione, è prevista come facoltativa dal giudice. Inoltre, la Cassazione ha affermato con forza la non ammissibilità di una risocializzazione parziale, non essendo decisiva l'obiezione di una possibile discriminazione che ne conseguirebbe a causa delle scelte discrezionali del Pubblico Ministero a procedere simultaneamente o separatamente per i reati per i quali sta procedendo. Inoltre, la *lettera legis* dell'art. 168 *bis* c.p. non fa riferimento ai reati ma ai procedimenti, con ciò evidenziando chiaramente la scelta che la sospensione operi per l'intero processo. Ad avviso della Suprema Corte, infatti, la circostanza che l'imputato sia chiamato a rispondere di più reati, esclude una risocializzazione parziale e dunque non consente una concedibilità dell'istituto solo per alcuni di essi.

Qualora, invece, il procedimento cumulativo concerna reati tutti rientranti entro il limite di pena della sospensione, la giurisprudenza si è espressa favorevolmente³⁴⁸. In particolare, il Tribunale di Milano ha sottolineato che l'espressa concedibilità per una sola volta non è incompatibile con l'applicabilità dell'istituto a più reati nell'ambito del medesimo procedimento³⁴⁹.

In ordine, infine, all'applicabilità al reato continuato occorre distinguere le ipotesi in cui i singoli reati rientrano nei limiti edittali di concedibilità della messa alla prova, dall'ipotesi negativa. Nel primo caso, qualora si ritenga il reato continuato un unico reato, in ossequio alla giurisprudenza formatasi in

³⁴⁵ Per un approfondimento cfr. ANNUNZIATA L., *Prime criticità applicative in tema di sospensione con messa alla prova*, in "Diritto penale e processo", 2016, 1, 101.

³⁴⁶ Tribunale di Torino, ord. 21 maggio 2014 in www.archiviopenale.it.

³⁴⁷ Cassazione penale, sez. II, 12 marzo 2015, Allotta in CED 263125.

³⁴⁸ Tribunale di Milano, sez. III penale, ord. 28 aprile 2014 in www.penalecontemporaneo.it.

³⁴⁹ Per un'analisi degli argomenti *a contrariis* cfr. CONTI C., *op. cit.*, p. 24-25.

materie di sospensione condizionale, non v'è ostacolo alla concedibilità della messa alla prova. Diversamente, la tesi negativa fa riferimento alle possibili disparità di trattamento determinata dalle scelte del Pubblico ministero di procedere con un unico procedimento o con diversi processi³⁵⁰. Un'apertura verso il cambiamento v'è stata ma ben maggiore poteva essere l'impatto. Il timore per una eccessiva estensione dell'operatività dell'istituto anche a reati connotati da una rilevante gravità ha ceduto il passo di fronte ad una reale innovazione che avrebbe portato ad un serio ripensamento dell'intero sistema giustiziale anche in funzione del tanto auspicato diritto penale minimo.

Basti pensare, poi, come l'analogo istituto esistente in ambito minorile vanta una ben più ampia estensione in quanto addirittura applicabile ai reati di particolare allarme sociale puniti con la pena dell'ergastolo.

La messa alla prova, invero, come anticipato, svolge un ruolo significativo anche in un'ottica rieducativa. Se è vero che nell'istituto *de quo* una pena in senso ordinario sembrerebbe non esserci, tuttavia, le attività che ne accompagnano l'esecuzione concreta, hanno un contenuto che seppur non afflittivo — com'è quello della pena tradizionale — può ben essere considerato sanzionatorio. Sarebbe, dunque, la *ratio* premiale dell'istituto a dover prevalere in luogo delle istanze sociali di allarme. Vero è che in ambito minorile si è costantemente assistito ad una maggiore apertura in un'ottica di educazione del minore — visto come soggetto ancora in formazione — rispetto a quanto accade per gli imputati adulti. Tuttavia, poiché il processo minorile è sempre stato il banco di prova per le riforme e per gli istituti di nuovo conio, prima della loro estensione anche agli imputati adulti, anche in questo caso ben avrebbe potuto essere seguito come esempio. Infatti, piuttosto che la burocratica verifica circa la sussistenza dei presupposti previsti per legge sarebbe stato ben più opportuno, anche per gli imputati adulti, valutare la capacità del reo di attendere proficuamente il programma di recupero, in uno con un'indagine

³⁵⁰ Per un approfondimento cfr. CONTI C., *op. cit.*, p. 25.

personologica, al fine di verificare se il reato, ancorché grave, costituisce un evento meramente episodico nella sua condotta di vita. Massimo spazio, dunque, avrebbe dovuto essere riservato ad indagini prognostiche sul suo successivo recupero e storiche sul suo cammino di vita a fronte di una scarsa rilevanza rispetto al tipo astratto di reato. In questo modo si sarebbe privilegiata la valenza rieducativa rispetto alla mera diversione processuale³⁵¹, pensata in un'ottica unicamente deflattiva³⁵². La scelta del legislatore, come detto, invece, è stata in tutt'altra direzione.

4.3. (segue): il ristoro del danno

L'art. 168 *bis* c.p., di poi, continua imponendo la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Tale previsione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 464 *bis* c.p.p. che al comma 4 lett. c, tra i contenuti del programma di trattamento, prescrive l'inclusione di condotte volte a promuovere — laddove possibile — la mediazione con la persona offesa. Sarà, dunque, il programma di trattamento a specificare il *quomodo* e il *quantum* del risarcimento, ancorché la prova non potrà dirsi correttamente eseguita soltanto in caso di integrale ristoro³⁵³.

La norma, dunque, richiama due istituti: la riparazione (con riferimento all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato)

³⁵¹ Con tale termine, come detto sopra, si indicano tutti quei meccanismi diretti a far uscire l'imputato dal circuito processuale prima della conclusione dello stesso. Nel nostro ordinamento, prima di tale previsione, era solo prevista la possibilità che il condannato a pena definitiva venisse affidato ai servizi sociali senza nessun contatto con l'ambiente carcerario (cfr. art. 656 c.p.p. e art. 47 O.P.). A differenza, tuttavia, dell'analogo istituto di *common law* il processo penale si svolgeva integralmente fino alla condanna definitiva, per poi ammettere il condannato di usufruire di un percorso diverso dalla mera esecuzione della pena. Per un approfondimento cfr. CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli Editore, 2010.

³⁵² Che, come visto sopra è stato sicuramente l'unico obiettivo avuto di mira dal legislatore anche al fine di rispettare le prescrizioni della sentenza Torreggiani (v. nota 335).

³⁵³ BARTOLI L., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in "Cassazione penale", fasc.5, 2015, pag. 1755B.

ed il risarcimento del danno civilisticamente inteso. I due concetti, seppure entrambi connessi al fatto di reato, non sono sempre sovrapponibili in quanto la riparazione non coincide con il danno non patrimoniale e può includere anche prestazioni simboliche³⁵⁴.

Un primo nodo problematico concerne la necessità di costituzione di parte civile perché il giudice includa nel programma di trattamento il risarcimento del danno. La Corte della Nomofilachia ritiene che la previsione assuma i contenuti dell'obbligatorietà solo allorquando vi sia la costituzione di parte civile, in quanto il risarcimento del danno concerne esclusivamente il danno civilisticamente inteso³⁵⁵. Quanto, invece, al danno criminale, esso si riferisce alle conseguenze arrecate al bene giuridico protetto dalla norma penale e dunque rileverà, a prescindere dalla volontà della persona offesa, quando l'offerta sia ritenuta soddisfattiva delle esigenze di prevenzione generale e speciale³⁵⁶.

Un'ulteriore questione controversa concerne la necessità che la riparazione provenga esclusivamente dall'imputato. La tesi negativa preferibile si impone per evitare disparità di trattamento con quanti non siano nella possibilità di adempiere in quanto prive dei mezzi finanziari³⁵⁷.

La disposizione va positivamente accolta in un'ottica — ormai da tempo sollecitata — di ripensamento dei bisogni delle vittime del reato. Tuttavia, la scelta di prevedere forme di ristoro che siano disancorate da un preventivo contatto tra la vittima e l'autore del reato, rischia di svilire la sostanza della previsione ad un'utilitaristica deviazione del ristoro al solo ed esclusivo scopo di ottenere la sospensione del processo e la conseguente

³⁵⁴ Per un approfondimento cfr. MUZZICA R., *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" n. 3, 2015 p. 158 e ss.

³⁵⁵ Cass. pen., sez. II, 18 dicembre 2013, n. 3958 in www.giurisprudenzapenale.com.

³⁵⁶ cfr. MUZZICA R., *op. cit.*, p. 170.

³⁵⁷ BARTOLI L., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in "Cassazione penale", fasc.5, 2015, pag. 1755B.

estinzione del processo, con evidenti ricadute in termini di seconde vittimizzazioni³⁵⁸.

4.4. (segue): l'affidamento ai servizi sociali e il lavoro di pubblica utilità

Ai sensi dell'art. 168 *bis* comma 2 c.p., la messa alla prova «*comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali*». La disposizione va letta congiuntamente al successivo comma 3 dell'art. 168 *bis* c.p. che stabilisce il necessario collegamento tra la messa alla prova e il lavoro di pubblica utilità. «*Il lavoro di pubblica utilità consiste in una prestazione non retribuita, affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La prestazione è svolta con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato e la sua durata giornaliera non può superare le otto ore*».

Tale previsione caratterizza specificamente l'istituto e costituisce il «*nucleo sanzionatorio della nuova misura*»³⁵⁹, funzionale sia ad esigenze general-preventive che special-preventive.

³⁵⁸ A ben vedere, la Corte di Cassazione ha escluso la concedibilità della messa alla prova quando ha ritenuto l'imputato non seriamente convinto della propria responsabilità poiché ciò era di ostacolo ad un serio programma di risocializzazione (cfr. Cass. pen., sez. V, 4 giugno 2015, in CED 263777).

Il collegamento tra la messa alla prova e il lavoro di pubblica utilità desta non pochi problemi. Infatti, seppur tale disposizione va vista con estremo favore in quanto finalmente introduce un nuovo modo di intendere la sanzione diverso dalla mera detenzione in carcere e funzionale ad una maggiore responsabilizzazione del reo nell'uscire dal contesto criminale in cui è caduto, tuttavia, il passo verso una reale nuova pena è ancora lungo.

Un primo nodo problematico attiene al fatto che il legislatore non ha previsto un limite massimo di durata del lavoro di pubblica utilità né ha disposto alcun vaglio di congruità rispetto alla durata complessiva o l'intensità del lavoro svolto, ponendosi in distonia con la natura sanzionatoria della previsione nonché con i principi di legalità, determinatezza e tassatività della materia penale³⁶⁰. Una soluzione in tal senso potrebbe essere quella di ancorare la durata del lavoro ai criteri di cui all'art. 133 c.p. e dunque fare riferimento alla gravità del reato e al grado di colpevolezza del reo, ancorché non si elimina il problema. Ciò che è certo è che la durata non potrà eccedere il periodo di sospensione del processo che è di due anni per i reati puniti con pena detentiva e di un anno per quelli puniti con pena pecuniaria³⁶¹.

Il legislatore con l'art. 168 *bis* c.p., specificando dettagliatamente la modalità di svolgimento del periodo di prova, nonché gli enti a favore dei quali lo stesso può essere svolto, ne ha limitato fortemente le possibilità applicative. Tale scelta è foriera di molteplici conseguenze, ancorché non è stato ancora attuato il regolamento per la stipula delle convenzioni tra gli enti ed il Tribunale, con ciò implicando, al momento, il richiamo alla prassi

³⁵⁹ MUZZICA R., *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" n. 3, 2015 p. 167.

³⁶⁰ cfr. MUZZICA R., *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" n. 3, 2015 p. 158 e ss; CONTI C., *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in PALAZZO F., SPANGHER G., (a cura di), "Giurisprudenza italiana dal 1849. Gli Speciali", *Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso 2015*, IPSOA, 2015.

³⁶¹ BARTOLI L., *op. cit.*

elaborata in materia davanti al giudice di pace³⁶². Occorre tuttavia sottolineare, in primo luogo, che limitare lo svolgimento di tali attività a favore di enti pubblici se può essere una garanzia vari motivi — tra i quali spicca tra tutti la parità di trattamento che necessariamente la pubblicità dell'ente offre³⁶³ —, crea differenziazioni applicative a causa delle diverse risorse di cui godono tali aziende a seconda della loro dislocazione lungo il nostro territorio nazionale³⁶⁴. Pertanto, seppur apparentemente ed astrattamente la pubblicità dell'ente è garanzia contro il rischio di abusi e disparità di trattamento, tuttavia ciò, dall'altro lato, potrà determinare un difficile o scarso accesso a tale procedimento alternativo laddove proprio tali strutture siano inidonee ad accogliere persone che si offrano di svolgere lavoro di pubblica utilità. Per risolvere il problema, ancora una volta riferendoci all'esempio anglosassone, si potrebbe pensare di devolvere anche a strutture private l'accoglimento dell'imputato messo in prova purché ciò avvenga sotto la supervisione dei Servizi Sociali. Pensare di consentire al reo di svolgere attività a favore della vittima ovvero dei privati (anche in quanto eventualmente affidatari di servizi pubblici) non può essere visto come un abominio, ma, anzi, dovrebbe essere piuttosto immaginato come una opportunità di pensare alla pena in modo diverso. Non si può nemmeno invocare in senso contrario la scure del lavoro forzato perché, come si può facilmente constatare, siamo lontani dall'ipotesi di tal fatta³⁶⁵. Tra l'altro, proprio per scongiurare tale pericolo, nella prima stesura del programma, l'imputato deve acconsentire agli obblighi previsti.

³⁶² cfr. BARTOLI L., *op. cit.* L'autore evidenzia come, in alcuni Tribunali, come quello di Firenze, è stato creato un ufficio unico per il lavoro di pubblica utilità che è competente a raccogliere tutte le istanze a qualsivoglia titolo presentate. In questo modo crescono le possibilità di accesso alla pratica e anche le convenzioni stipulate sono triplicate nel giro di un anno. Per un approfondimento cfr. MATTEVI E., MENEGHINI A., *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità*, note a margine dall'ordinanza del Tribunale di Palermo del 3 agosto 2013, in "Rivista trimestrale diritto penale contemporaneo", 2/2014

³⁶³ Tra questi non va trascurato anche il fatto che una struttura pubblica consente maggiori possibilità di controllo e garantisce contro rischi di abuso circostanze che inducono certamente a prediligere una struttura pubblica in luogo di una privata.

³⁶⁴ cfr. MUZZICA R., *op. cit.*; BARTOLI L., *op. cit.*

³⁶⁵ L'elementare constatazione per cui l'accesso alla messa alla prova avviene volontariamente, oltre alla costante partecipazione del reo alla predisposizione del programma trattamentale costituiscono indici sufficienti per scongiurare tale pericolo. cfr.

4.5. (segue): il regime di concedibilità

La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta. Come si vede, dunque, trattasi di una pratica premiale che presuppone una sua funzionalizzazione alla rieducazione del reo, nonché una prognosi di non recidiva. Se il reo commette un nuovo reato nessuna possibilità di concederlo un'altra volta in quanto ciò costituisce segno della sua evidente inutilità (verso quello specifico imputato).

È inoltre richiesto che il reo sia al primo reato. A ben vedere, tale limitazione non è prevista in ambito minorile laddove è irrilevante quanti reati il minore abbia commesso precedentemente³⁶⁶. L'*an* della messa alla prova, infatti, dipende dalla personalità del ragazzo e dalle sue possibilità di essere rieducato. Come è stato sottolineato, la messa alla prova è applicabile a tutti i tipi di reato a prescindere dall'esistenza di precedenti penali a carico del minore o dall'esito negativo di una prova precedentemente concessa proprio perché è fondata solo sui requisiti di cui all'art. 9 d.p.r. 448/88 e dunque su un giudizio sulla meritevolezza della personalità del minore. Ciò in quanto «*non possono assumere valore alcuno dei fatti che non hanno nessuna relazione diretta con l'oggetto dell'analisi*»³⁶⁷. In realtà, più recentemente la giurisprudenza ha, diversamente, ritenuto di valutare con maggiore cautela la concedibilità della prova se il minore ha commesso molti reati o crimini di estrema gravità perché, in casi come questi, si ritiene difficile un ravvedimento in quanto la precedente condotta è espressione di una personalità radicata all'illegalità³⁶⁸.

art. 4, comma 2, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché gli artt. 1 e 2 della Convenzione sul lavoro forzato n. 29 del 1930-

³⁶⁶ Per un approfondimento vedi sopra.

³⁶⁷ PALOMBA F., *op. cit.* p. 423.

³⁶⁸ In tal senso vedi la decisione pronunciata dalla Corte di Appello di Messina, decisione 20 settembre 1990, in "Cassazione Penale", 1991, pp. 124 e 125.

Sarebbe stato opportuno evitare di limitare la concedibilità della messa alla prova per gli adulti solo alle ipotesi di primo reato. Ciò per un diverso ordine di ragioni. Anzitutto, il giudice dovrebbe essere lasciato libero di valutare di volta in volta l'opportunità della messa alla prova in vista della personalità del reo e della sua rieducazione. Diversamente, infatti, si supera la logica rieducativa dell'istituto — nonostante la relazione governativa si esprima in senso contrario — a favore di una valutazione meramente deflattiva — che è certamente quella avuta prevalentemente di mira dal legislatore. Il giudice, come detto, potrà concedere la messa alla prova solo se il reo risulta al primo contatto con l'ambito criminale senza alcuno spazio alla valutazione sulla sua personalità se un reato è già stato commesso in passato. Se si fosse deciso, ad esempio, di limitare la rilevanza della recidiva solo alle ipotesi in cui il reato è della stessa indole, il giudizio sulla personalità o meglio sull'inidoneità del precedente percorso (già svolto appunto sul medesimo tipo di reato) avrebbe avuto una maggiore pregnanza in quanto sarebbe stato ancorato alla situazione specifica del reo, di quel reo, senza astratte predeterminazioni prive di reale utilità.

Tra l'altro, tale scelta risulta problematica per quanti abbiano commesso il reato prima dell'entrata in vigore della legge in quanto ora risultano irrimediabilmente privati della possibilità di intraprendere un percorso maggiormente rieducativo e di grande utilità come quello connesso alla messa alla prova poiché non più rei primari.

Si auspica, in vista di una futura riforma dell'istituto, che la limitazione verrà ridotta escludendo quantomeno i reati colposi che, prescindendo dalla *voluntas criminis*, non dovrebbero rientrare tra quelli ostativi alla seconda concedibilità.

4.6. (segue) l'ammissione dell'addebito

Nulla prevede la norma circa l'ammissione dell'addebito. Nè avrebbe potuto essere altrimenti a meno di non voler limitare eccessivamente — oltre a quanto non sia già stato fatto — l'ambito di operatività della messa

alla prova. Diversamente, sussisterebbe altresì il rischio di coartazione la volontà del reo che si vedrebbe “obbligato” ad ammettere il suo addebito solo per poter usufruire della messa alla prova. Con il rischio che, a seguito di un eventuale esito negativo sospensione, il processo riprenderebbe il suo corso già compromesso in radice dalla intervenuta confessione del reo. La scelta del reo di essere messo in prova non implica necessariamente la convinzione della propria responsabilità ben potendo la sua volontà essere il frutto di diverse valutazioni che non possono essere in alcun modo coartate. La Suprema Corte si è espressa nello stesso senso escludendo la necessità di una preventiva confessione, ancorché, tuttavia, occorra operare una valutazione in ordine alla serietà dell'impegno³⁶⁹.

Anche in ambito minorile, come già analizzato precedentemente, l'ammissione dell'addebito tecnicamente intesa, non è considerata condizione essenziale di concedibilità della sospensione e nella maggior parte delle ipotesi, è piuttosto il «*punto di arrivo dell'istituto*»³⁷⁰. Infatti, è solo a seguito del percorso di maturazione che il giovane intraprende durante lo svolgimento del progetto di sospensione che si compie il cammino di rieducazione funzionale a comprendere la gravità del gesto commesso. È dunque solo a conclusione di quest'ultimo che egli potrebbe ammettere completamente gli addebiti e assumerne la relativa responsabilità. Nonostante ciò, la giurisprudenza ritiene necessaria almeno un'implicita e anche parziale ammissione della responsabilità in relazione ai fatti oggetto di contestazione, segno della maturità o quantomeno indice di una personalità in evoluzione e propensa a ricevere ed attuare un percorso di crescita in modo consapevole. Diversamente, nel caso in cui il minore fosse assolutamente e fermamente convinto di non aver commesso alcun reato, non sarebbe nemmeno in grado di accettare le prescrizioni oggetto della prova e di conseguenza correttamente attuarne il relativo programma. È altresì parzialmente necessaria l'assunzione e l'accettazione dell'impegno oggetto della messa alla prova anche «*se strumentale al conseguimento*

³⁶⁹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 4 giugno 2015, in CED 263777.

³⁷⁰ CHESSA M., GASPERINI M., POLI A. *op. cit.*, p. 110.

della messa alla prova stessa»³⁷¹. Infatti, come potrà facilmente immaginarsi, laddove, diversamente, il minore non accettasse e non condividesse gli impegni oggetto della prova, non avrebbe nemmeno l'*animus* necessario per lo svolgimento efficace e positivo della prova stessa. La decisione, dunque, dovrà essere fondata unicamente sugli elementi raccolti dal giudice a seguito del giudizio sulla personalità ex art. 9 del d.p.r. 448/88. Il magistrato dovrà disporre la prova solo e se ritiene che la personalità del minore, a seguito di una valutazione operata anche tramite l'aiuto dei servizi sociali, sia meritevole dell'esperimento e quindi se lo stesso dimostri una personalità in crescita ed in evoluzione, eliminando valutazioni oggettuali basate su elementi estranei a quelli di tipo personologico.

Tra gli imputati adulti sembra che non vi sia analogia attenzione al giudizio soggettivo. Anzi, il giudice dovrà concederla al ricorrere dei requisiti oggettivi indicati dalla norma (limite edittale, primo reato etc. etc.) senza che possa pronunciarsi laddove ritenga il reo meritevole a prescindere dalla sussistenza dei requisiti indicati dalla norma, diventando così una sorta di atto dovuto³⁷². Gli unici spazi per una valutazione soggettiva si assestano sulla congruità del contenuto del programma rispetto alla capacità a delinquere dell'autore e alla gravità del fatto³⁷³.

Ancora una volta appare dunque chiara la *ratio* deflattiva in luogo di quella rieducativa che avrebbe meglio caratterizzato un istituto dotato di buone potenzialità esplicative e che, diversamente, nella disciplina creata perdono del tutto ogni valenza. Si ritiene comunque che possano valere anche per gli adulti analoghe considerazioni espresse in relazione al giudizio con i minori. Non dovrà il giudice imporre al reo una vera e propria confessione, ancorché un'indagine circa l'*animus* con il quale l'imputato affronta

³⁷¹ *ut supra*.

³⁷² In senso analogo cfr. Bove V., *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/14*, pdf document - relazione Scuola superiore della Magistratura.

³⁷³ cfr. CONTI C., *op. cit.*, p. 18.

l'accettazione del programma trattamentale ben potrà caricare l'istituto di una maggiore utilità in vista dei fini specialpreventivi della pena.

4.7. Prognosi circa l'esito positivo della prova

Il requisito della prognosi sull'esito positivo della prova costituisce il perno dell'intera disciplina.

Come abbiamo già sottolineato, l'istituto della sospensione è nato ed era originariamente stato pensato per dare una *chance* ad un minore che avesse commesso il reato per circostanze fortuite; nel senso che la condotta che ha rappresentato il crimine fosse estranea al suo modo abituale di vivere, ovvero laddove si intravedesse la possibilità di recuperare il minore e di permettergli il ritorno ad una vita regolare.

Per gli imputati adulti, invece, l'indagine sulla personalità del reo nonché la prognosi di recidiva resta su un piano marginale dopo — e solo eventualmente — la verifica della sussistenza dei presupposti indicati dall'art. 168 *bis* c.p. Come detto, infatti, verosimilmente la messa alla prova si trasformerà presto in una sorta di atto dovuto tali e tanti sono i limiti entro cui dovrà muoversi il giudice; poco spazio di manovra residuerà all'esame sulla prognosi circa l'esito del periodo di sospensione, nonché rispetto al rischio di recidiva. Tra l'altro, a ben vedere, l'angusto limite edittale costituisce una scure non di poco conto. I reati che rientrano tra quelli che consentono di fruire della messa alla prova sono di tale scarsa significatività che assorbono qualsiasi altro tipo di giudizio.

Circoscrivendo i beneficiari ai delinquenti primari che han commesso un reato punito con pena fino ai quattro anni nel massimo, è ben possibile che l'implicito requisito della prognosi positiva della messa alla prova sia soddisfatto *in re ipsa*. Diversamente sarebbe stato se l'unica guida per il giudice — analogamente a ciò che accade in ambito minorile — fosse stata la personalità del reo.

4.8. *La mediazione*

Come detto, il giudice per valutare l'ammissione alla messa alla prova dovrà considerare nel programma di trattamento l'inclusione di pratiche di mediazione. Tale ultima previsione è il *vero puntum dolens* della procedura. Vero è, infatti, che imporre forme di risarcimento disancorandole da attività di composizione con la vittima può determinare uno stravolgimento della pratica in un'ottica utilitaristica priva di altri effetti al di fuori di quelli deflattivi. Tuttavia, inserire forme di mediazione senza che queste siano accompagnate da una reale riforma dell'intero sistema, rischia di svuotare la previsione di reale contenuto.

Anzitutto occorre considerare che per esperire efficacemente la mediazione è imprescindibile prevedere la creazione di centri di mediazione che si occupino dell'intera procedura. Se un primo spunto, infatti, può provenire dai servizi sociali che affiancano il reo nel percorso di messa alla prova, tuttavia ciò non può essere sufficiente per un efficace esito della pratica. La mediazione per essere effettiva — così come la ristorazione per avere un'incidenza che sia anche funzionale a soddisfare i bisogni della vittima — necessita della presenza di un mediatore e di un'attenta analisi della “situazione” della vittima. Ciò a meno di non voler trasformare la riparazione del danno in una vera e propria sanzione, condividendo le istanze di quanti³⁷⁴ prospettano l'opportunità di una riforma profonda del sistema sanzionatorio che affianchi ai rimedi classici nuove forme di punizione (di cui la principale dovrebbe essere proprio la riparazione).

A nostro avviso, tale opzione ermeneutica, seppur lodevole negli intenti e giustificata dalle più disparate esigenze di matrice costituzionale, resta lettera morta se non affiancata da reali percorsi di mediazione con la vittima. Vero è che la mediazione non può essere coartata e, dunque, non può addivenirsi alla pratica senza il consenso di entrambe le parti, tuttavia,

³⁷⁴ vedi tra gli altri DONINI, *per una concezione post-riparatoria della pena*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, ISSN 0557-1391, Vol. 56, N° 3, 2013, pp. 1162-1218.

non può pensarsi ad un ristoro senza che esso sia voluto e accettato, diversamente esso coinciderà con una mera sanzione pecuniaria arrivando a svuotarne il suo contenuto positivo. Motivo per cui, occorre davvero pensare ad un'analisi congiunta dei due istituti in una reale e radicale ottica di riforma del sistema penale e penitenziario.

La previsione *de quo*, inoltre, non prevede uno "statuto minimo" con riferimento ai chiarimenti che la vittima dovrebbe ricevere aspetto alla procedura (di mediazione nell'ambito della sospensione con messa alla prova) e alle sue implicazioni: la persona offesa, infatti, «*gode del diritto di essere avvisata e sentita nell'udienza in cui si decide dell'ammissione al rito — messa alla prova —, ma senza che siano posti né in capo al giudice né in capo l'ufficio per l'esecuzione penale esterna particolari doveri informativi*»³⁷⁵.

Per far ciò non basterà la sfuocata disciplina della messa alla prova, ma occorrerà lanciare nuove sfide che coraggiosamente ripensino alla pena e al sistema penale così come è stato elaborato nell'ultimo secolo: così come è stato dirompente il cammino dalla retribuzione alla prevenzione speciale positiva, altrettanto dovrà essere il passaggio dalla rieducazione alla *restorative justice*, ossia quella forma di pena che, superando le derive statocentriche, riconsegna la sanzione a «*modelli decentrati di regolazione dei conflitti che si sviluppano nel quadro di entità sociali più o meno ampie permettendo una maggiore implementazione degli attori nella risoluzione dei propri contrasti*»³⁷⁶.

5. La mediazione nel contesto della fase esecutiva

Quando si pensa alla mediazione ci si immagina che la sua collocazione naturale sia precedente ed alternativa al contesto della pena tradizionale. Come abbiamo visto in precedenza, tuttavia, nulla osta ad immaginare che

³⁷⁵ La previsione è ancora più grave in considerazione della direttiva, cfr. BARTOLI L., *op. cit.*, p. 1759.

³⁷⁶ MANNOZZI G., a cura di, *Mediazione e diritto penale, dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, Giuffrè, 2004.

tali pratiche vengano esperite nel contesto della fase esecutiva e anzi, talvolta, ciò si rivela quantomai opportuno.

In Italia, la dottrina ha mostrato scarsa attenzione all'istituto nonostante proprio nel contesto della fase esecutiva è contenuto uno dei pochi riferimenti normativi espliciti alla giustizia ristorativa. L'art. 47, comma 7, dell'Ordinamento penitenziario stabilisce, infatti, che nel verbale che descrive le prescrizioni imposte dal giudice per accedere all'affidamento in prova³⁷⁷, il condannato si deve possibilmente adoperare quanto più possibile verso la vittima del reato. Il contesto è quello, come accennato, dell'affidamento in prova al servizio sociale che, come noto, consiste in un istituto alternativo alla pena detentiva. In particolare, il condannato a pena finale o residua inferiore o uguale a due anni può essere affidato al servizio sociale per la durata residua della pena. Durante il periodo di affidamento il condannato deve svolgere una serie di attività che sono contenute nel verbale di cui sopra. È proprio tale verbale, che appunto dovrebbe contenere le prescrizioni risarcitorie.

Purtroppo tale norma è la più disattesa dell'ordinamento. Infatti, mentre inizialmente la ristorazione del danno veniva considerata una condizione imprescindibile³⁷⁸ per la concessione dell'affidamento in prova ordinario, nel corso del tempo, essa ha progressivamente perso d'importanza³⁷⁹ fino a trasformarsi in una mera postilla priva di valore reale³⁸⁰.

³⁷⁷ Per un approfondimento cfr. PAVARINI M., GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, Martina editori, 2004.

³⁷⁸ A ben vedere, recentemente si è formato un indirizzo giurisprudenziale che ritiene necessario valutare le condotte risarcitorie quale presupposto per la concessione dell'affidamento in prova tentando così di riconferire valenza alla disposizione *de quo*. In particolare, ciò è stato affermato nella sentenza della Suprema Corte n. 6725 del 2001, Veneziano e dal Tribunale di Sorveglianza di Milano 7-13 febbraio 2001, in "Foro ambrosino", 2001, 407; Cass. pen. 17 giugno 1998, n. 3572, Castellano, in cui l'istanza di applicazione dell'affidamento in prova è stata rigettata sulla base del fatto che il reo, già ammesso al beneficio della sospensione condizionale dell'esecuzione della pena subordinata alla restituzione delle somme provento del reato, non aveva mai restituito tali somme, dimostrando così di disinteressarsi della vittima e di concepire la misura alternativa come forma strumentalmente volta ad eludere la stessa sanzione penale.

³⁷⁹ In particolare si è affermato che il Tribunale di Sorveglianza non può rigettare l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale motivandola esclusivamente sulla base del mancato risarcimento dei danni prodotti dal reato, in quanto tale elemento è solo uno di quelli da valutare per analizzare il percorso di rieducazione del reo (cfr. Cass. pen. n. 5273

La giurisprudenza in diverse occasioni ha definito la natura ed i contenuti della prescrizione riparativa contenuta nella disposizione in esame. In particolare, «ha chiarito che l'attività riparativa, prevista dall'art. 47 comma 7 ord. pen., non costituisce un mero obbligo di natura affittiva, bensì è uno stimolo propulsivo e sollecitatorio diretto a responsabilizzare il reo ed a fargli prendere coscienza dell'illecito commesso e delle conseguenze dannose derivatene»³⁸¹. Per rendere nuovamente vigente la norma, Monteverde³⁸² propone di rendere operativa la delega che il Ministro di Giustizia ha dato alla Magistratura di Sorveglianza al fine di disporre la disciplina del lavoro sostitutivo in sede di conversione di pene pecuniarie. In questo modo, sottolinea sempre Monteverde, si potrebbe realizzare un nuovo sistema di sanzioni aventi ad oggetto lavoro non retribuito e le stesse si potrebbero interpretare estensivamente anche per applicarle all'ipotesi di affidamento in prova ordinario. Tale ipotesi non andrebbe sottovalutata, perché in questo modo si introdurrebbe effettivamente e per la prima volta, nel nostro Ordinamento una nuova sanzione, diversa dalla mera detenzione, che sia realizzata dall'attuazione di lavoro non retribuito.

Perché si possa parlare di mediazione in fase esecutiva, occorre dapprima analizzarne il contesto di riferimento. Anzitutto, si deve sottolineare che, a differenza della mediazione esperita prima o durante il processo, in queste ipotesi abbiamo una sentenza irrevocabile di condanna. Ciò dunque presuppone che, verosimilmente, la mediazione troverà collocazione

del 1995, Violante; conforme Trib. sorv. Milano 6 ottobre 1999, in Foro ambr., 2000, 229). Si è precisato, altresì, anche l'assoluta mancanza di risarcimento del danno non preclude di per sé la concessione della misura in quanto è necessario valutare in concreto se il mancato ristoro sia giustificato dall'impossibilità oggettiva ovvero se il risarcimento parziale sia determinato dall'inizio della procedura esecutiva in quanto, in tale ultima ipotesi, manca una critica revisione delle proprie condotte con ciò inibendo la concessione dell'affidamento in prova (Così Cass. pen. n. 23749 del 2003, Carisi; Cass. pen. n. 15098 del 2001, Gammaidoni; Cass. pen. n. 30785 del 2001, Iegiani).

³⁸⁰ BENEDETTI-PISAPIA in PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, 2000.

³⁸¹ MASTROPASQUA G., *I percorsi di giustizia riparativa nell'esecuzione della pena*, in "Giurisprudenza di Merito", fasc.3, 2007, pag. 0881B.

³⁸² citato in BENEDETTI—PISAPIA *op. cit.* p. 192

privilegiata nel contesto dei benefici penitenziari e, più precisamente, durante lo svolgimento delle misure alternative. Secondo Benedetti e Pisapia³⁸³ la mediazione non sarebbe praticabile nel caso in cui venga disposto l'affidamento in prova ordinario, perché i membri del servizio sociale non dispongono dell'imparzialità necessaria che dovrebbe essere propria di chi svolge il ruolo di mediatore. Nonostante l'autorevolezza dell'opinione, mi trovo costretta a dissentire, con tutto il rispetto che deve essere portato a due esponenti di tale calibro. Dico questo, perché a nostro avviso, introdurre ipotesi di mediazione durante l'esecuzione dell'affidamento in prova sia ordinario che speciale, permetterebbe di raggiungere risultati estremamente positivi in quanto si completerebbe il percorso di rieducazione che il reo ha svolto e che gli ha permesso di meritare la concessione dell'affidamento stesso³⁸⁴.

Sarebbe opportuno poi, ipotizzare pratiche di mediazione anche durante l'esecuzione della condanna detentiva, allorché il reo e/o la vittima sentano la necessità di incontrarsi l'un l'altro. Avantaggiato³⁸⁵, tra gli altri, sottolinea ampiamente i benefici che potrebbe avere tale eventualità. Infatti, egli evidenzia come, durante l'esecuzione di una condanna particolarmente significativa e di sofferenza, come può essere la condanna alla detenzione, i detenuti arrivano, talvolta, a provare sentimenti nuovi e a loro prima sconosciuti. Assecondare tali emozioni potrebbe avere il beneficio di realizzare effetti positivi sia sul reo che sulla vittima. Il primo verrebbe ulteriormente responsabilizzato, introducendo per la prima volta una vera pratica rieducativa all'interno del percorso carcerario. Se poi fosse stato proprio lui a sollecitare la possibilità dell'incontro, egli si vedrebbe ricevere per la prima volta un riconoscimento e un seguito alle sue emozioni e ciò potrebbe essere particolarmente significativo per un suo recupero anche in

³⁸³ BENEDETTI-PISAPIA, *op. cit.*, p. 192.

³⁸⁴ Non si dimentichi, tra l'altro, come appena visto, che è proprio il contesto della fase esecutiva, ed in particolare nell'art. 47 O.P. appena citato, in cui il legislatore ha posto l'accento alla ristorazione del danno, implicando con ciò una chiara scelta di valore nonché criterio di indirizzo.

³⁸⁵ Per un approfondimento cfr. AVANTAGGIATO M. L., *Per una Giustizia Riparativa in Carcere*, in "Mediaries", 2007, fascicolo 10, pp. 171-184.

vista della successiva liberazione. Non dimentichiamo infatti quale livello di introspezione si raggiunga con la mediazione. La vittima, dall'altra parte, potrebbe ricevere la soddisfazione di vederle finalmente riconosciuta una forma di ristorazione, oltreché potrebbe superare il trauma scaturito dal reato. Inoltre, l'introduzione della mediazione in queste ipotesi, potrebbe abbracciare qualunque tipo di offesa anche le più significative, incrementando i vantaggi che sarebbero raggiungibili dalle pratiche. Il luogo del carcere di per sé, inoltre, non osta allo svolgimento della conferenza di mediazione³⁸⁶.

Nel contesto della fase esecutiva vi sono, infatti, vantaggi che costituiscono una ottima base per un efficace svolgimento delle pratiche ristorative³⁸⁷. Anzitutto, in questo contesto non si pongono i problemi rispetto alle garanzie dell'imputato che per molti costituiscono un ostacolo all'introduzione delle pratiche di mediazione³⁸⁸. Secondariamente, in questo ambito, una delle precondizioni per l'avvio del percorso della mediazione, ossia la comune visione sulla sussistenza del reato, potrebbe essere più facilmente raggiunta in quanto il reo è già stato condannato e dunque potrebbe essere più tranquillo in ordine all'instaurazione di un percorso che presuppone la propria responsabilità. *«Di fronte ad una sentenza irrevocabile, crescono le chances che il condannato, nell'intraprendere un percorso di responsabilizzazione, riconosca l'offesa arrecata e la necessità di ripararla. Al tempo stesso, lo scambio comunicativo tra le parti è favorito da una ricostruzione storica che l'accertamento giudiziale ha cristallizzato»*³⁸⁹. A ben vedere, non è così scontato che il reo, nonostante la condanna abbia una visione comune alla vittima sugli elementi fattuali del reato che ha commesso, in quanto egli potrebbe essere comunque convinto

³⁸⁶ A conferma dell'assunto basti considerare l'approfondimento effettuato sui *case studies*. In tale sede abbiamo constatato con in un Ordinamento come quello inglese la mediazione è stata esperita in tutte le fasi del processo e nelle location più diverse. Tra queste rientra anche il carcere.

³⁸⁷ Per un approfondimento cfr. VICOLI D., *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in "Cassazione Penale", fasc. 1, 2015, p. 382B.

³⁸⁸ Per un approfondimento cfr. parte II della presente trattazione.

³⁸⁹ cfr. VICOLI D., *op. cit.* p. 383.

della propria innocenza³⁹⁰. È pertanto fondamentale che il mediatore, anche in questa fase, prepari con estrema cura e attenzione il caso verificando attentamente la disponibilità delle parti ad incontrarsi e ad iniziare un cammino condiviso, in quanto il rischio di revittimizzazione è estremamente alto anche nella fase esecutiva. Inoltre, stante il lungo tempo intercorso dal reato, la vittima potrebbe aver raggiunto un equilibrio che potrebbe spezzarsi in caso di instaurazione di un percorso di mediazione.

Nel contesto della fase esecutiva un ulteriore cenno merita l'art. 27 d.p.r. 230 del 2000³⁹¹. Tale norma presuppone che l'osservazione della personalità dei detenuti deve comportare anche una riflessione «[...] sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa». Inoltre, l'osservazione della personalità dei condannati deve anche implicare una «valutazione delle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento alla persona offesa»³⁹². Alcuni autori³⁹³ sottolineano come proprio l'ambito offerto dalla disposizione citata costituisca un terreno privilegiato per l'espletamento delle pratiche ristorative.

Una pronuncia del Tribunale di Sorveglianza merita di essere sottolineata³⁹⁴. In particolare, nel caso che ci si accinge ad esaminare, il

³⁹⁰ Tale aspetto è già stato evidenziato nella parte della trattazione in cui sono stati riferiti esempi concreti di mediazione cui si rimanda.

³⁹¹ Va ricordato, poi, che nell'ambito di tale quadro normativo si sono inserite le "Linee di indirizzo e di coordinamento in materia di mediazione penale minorile" emanate dal Capo del Dipartimento Giustizia minorile del Ministero della Giustizia, in data 30 aprile 2008. Il documento ministeriale introduce anche la mediazione in ambito penitenziario, auspicando che l'attivazione di processi riparativi entri a far parte dei programmi di trattamento intramurario.

³⁹² CIARDIELLO P., *Riparazione e Mediazione nell'Ambito dell'Esecuzione Penale per Adulti*, in "Rassegna Penitenziaria e Criminologica", 2007, numero 2, pp. 96-107.

³⁹³ Per un approfondimento cfr. DARAIO G., *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in "Diritto penale e processo", 2013, 3, 357.

³⁹⁴ Per l'importanza della pronuncia si impone di chiamarne la massima: «nell'esercizio della discrezionalità relativa alla delibazione dei presupposti di concessione della misura alternativa della semilibertà, la valutazione dei "progressi compiuti nel trattamento", ai sensi dell'art. 50, comma 4, legge 26 luglio 1975, n. 354 (ordinamento penitenziario), deve

Tribunale ha concesso la misura della semilibertà ad un condannato all'ergastolo per reati gravi contro la persona (omicidio) e contro il patrimonio (commessi con violenza) perpetrati nell'ambito di un'associazione a delinquere grazie al percorso effettuato dal reo nel contesto dell'esecuzione della pena. La motivazione del Tribunale riferisce altresì di incontri di mediazione esperiti dal reo con un'altra vittima (in quanto la persona offesa del suo reato era rimasta uccisa e dunque non poteva partecipare all'incontro), la figlia di un maresciallo ucciso dalle Brigate Rosse nel 1976. *«In tale contesto, il Tribunale di Sorveglianza ha osservato come il condannato abbia "riconosciuto il disvalore di quanto commesso, senza nessun tentativo di giustificare il proprio operato, rivelando le conseguenze negative del suo agire nell'ambito di un significativo percorso di analitica riflessione del suo vissuto e facendosi promotore dell'approfondimento del tema del rapporto tra autori e vittime del reato (nell'ambito di tale percorso [...] il condannato ha avuto modo di confrontarsi, tra gli altri, con altri prossimi congiunti vittime di gravissimi reati [...] che hanno consentito al condannato importanti riflessioni sul proprio vissuto)"»*³⁹⁵ Ancora si osserva come *«il Tribunale di sorveglianza abbia valorizzato, in motivazione, il percorso dialogico-riparativo, riferendo anche di come il condannato utilizzi "parte della sua*

riferirsi a tutti gli aspetti dell'osservazione indicati dall'art. 27 Reg. ord. penit., tra i quali vi è la riflessione "sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato". Nel caso di specie, relativo alla richiesta di semilibertà proposta da un condannato all'ergastolo per omicidio e altri gravi reati, commessi nel contesto di fatti di rilevante valenza criminale, il Tribunale ha ritenuto di individuare, quale significativo aspetto di mutamento della personalità del detenuto, le esperienze, dallo stesso sollecitate e vissute, dapprima nell'ambito di attività trattamentali svolte presso la Casa di Reclusione di Padova, che lo hanno portato a momenti di ascolto e doloroso confronto con prossimi congiunti di vittime di gravi reati e, successivamente, nell'ambito di un lungo e complesso percorso, seguito da mediatori penali, che lo ha portato all'incontro con una vittima aspecifica di reato. A fronte degli odiosi delitti commessi, anche violando la fiducia in lui riposta dalla società in quanto appartenente alle forze dell'ordine, il Collegio ha considerato nel suo iter decisionale, il percorso trattamentale di particolarissimo valore seguito dal condannato, anche focalizzato sulla sofferenza inferta alle vittime dei reati, ritenendo che tale aspetto abbia contribuito, unitamente ad altri, a una "rinascita" morale ed umana dell'istante, ritenuta autentica e non strumentale, tale da consentirgli il conseguimento del beneficio richiesto (Trib. Sorveglianza, Ordinanza, 07-01-2012)».

³⁹⁵ Il testo della motivazione è riportato in MANNOZZI G., *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in "Diritto penale e processo", 2012, 7, 833.

remunerazione (il quinto dello stipendio) per il risarcimento delle vittime dei reati per cui è stato condannato in relazione ai fatti giudicati nella sentenza della Corte di Assise di Bologna" e abbia pubblicamente offerto, nel corso dell'udienza in cui si sarebbe deciso della concessione della misura, scuse formali non solo ai presenti ma "a tutti i cittadini italiani per i reati commessi che hanno "ferito sia persone fisiche sia la società intera"»³⁹⁶.

Ciò che preme sottolineare è il pregio della pronuncia che, per la prima volta, assume come determinante il percorso di riparazione e di mediazione fatto da un condannato all'ergastolo per la concessione di una misura alternativa alla detenzione penitenziaria. La pronuncia dimostra come possibile non solo il ricorso alla mediazione nel corso della fase esecutiva proprio per il tramite delle norme citate, ma altresì la sua esperibilità anche per le offese più significative punite con l'ergastolo e addirittura quando la vittima primaria non è più nella possibilità di partecipare agli incontri perché rimasta uccisa nel reato.

L'apertura dimostrata dalla sentenza analizzata deve essere da esempio, a nostro avviso, per la giurisprudenza futura e anche per il legislatore perché si iniziano a valutare con maggiore pregnanza percorsi ristorativi anche nel contesto della fase esecutiva.

6. Conclusioni

Dall'indagine effettuata sembrerebbe che, in realtà, nel nostro Ordinamento vi sono molti spazi di praticabilità dell'istituto della mediazione penale e che è stato dato seguito alle prescrizioni internazionali. A ben vedere, nonostante i benefici di tale istituto, ancora la giustizia ristorativa e la mediazione costituiscono una sorta di contenitore vuoto per il nostro sistema, una sorta di attuazione di facciata, una adozione formale priva dell'adeguato riscontro e di reale applicazione. Ciò se si eccettua il settore minorile in cui, tuttavia, abbiamo sommariamente dato conto delle

³⁹⁶ ut supra p. 840.

differenze applicative e degli ostacoli che ancora sussistono alla reale introduzione di tali istituti in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Nella prossima sezione analizzeremo conclusivamente i motivi che ostano ad una reale introduzione a tali pratiche e possibili soluzioni *de iure condendo*.

PARTE III

PROSPETTIVE DI SVILUPPO

"Ho imparato che la calma è molto più destabilizzante della rabbia; che un sorriso disarmo molto più di un volto corrugato; ho imparato che il silenzio di fronte ad un'offesa è un grido che fa tremare la terra. Ho imparato che come un amore rifiutato non si perde ma torna intatto a colui che voleva donarlo".

Confucio

Capitolo I

Le barriere formali all'implementazione della mediazione in Italia

La Commissione Europea ha finanziato nel 2006 l'*European Forum for Restorative Justice* al fine di analizzare lo sviluppo delle pratiche ristorative nel contesto europeo e per comprendere come l'Unione Europea possa favorirne l'implementazione. I risultati di tale indagine³⁹⁷ hanno dimostrato che nell'Europa del Sud ancora la mediazione è praticata solo in limitate ipotesi e, per di più, quasi esclusivamente per imputati minorenni.

Le ricerche effettuate mostrano una serie di elementi che analizzeremo nel prosieguo i quali, nell'insieme, mettono in luce quanto la mancanza di un adeguato sviluppo di questo istituto è dovuta a motivazioni più apparenti che reali che sarebbero facilmente superabili se solo si credesse seriamente nelle potenzialità applicative dello stesso.

³⁹⁷ Per un approfondimento cfr. MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss.

1. I limiti costituzionali

A livello costituzionale vi sono molte norme che, secondo alcuni studiosi, contrasterebbero, e di conseguenza osterebbero, all'introduzione della mediazione nell'Ordinamento italiano.

La principale e più importante obiezione riguarda l'incompatibilità tra la mediazione e il principio di obbligatorietà dell'azione penale che vincola il Pubblico Ministero, ex articolo 112 della Costituzione, a perseguire tutti i reati di cui viene a conoscenza. Secondo il dettato di tale norma, infatti, laddove una *notitia criminis* pervenga all'Autorità Giudiziaria, quest'ultima dovrà procedere qualunque sia il reato e qualunque sia la rilevanza giuridica dello stesso. Questo precetto estremamente garantista e pensato per una società degli anni Cinquanta del secolo scorso, si è ora trasformato in una trappola senza via di scampo, oscillando tra un'utopia di un sogno e un'*empasse* per il cambiamento e l'evoluzione della società. È un'utopia perché, nella condizione in cui versa la giustizia italiana attualmente, tale principio diventa di difficile adempimento.

«Il principio di obbligatorietà di una qualsiasi condotta implica l'affermazione di doverosità di un determinato comportamento purché lo stesso sia unanimemente possibile (proprio per questo è un principio, cui non è detto si accompagni un fine); al contrario il principio di discrezionalità significa che un determinato comportamento non è doveroso, e quindi "obbligatorio", anche se effettivamente ed umanamente possibile. Di conseguenza l'impossibilità di tenere un determinato comportamento doveroso non significa affatto disconoscimento della sua "obbligatorietà" ma solo constatazione di un'impossibilità, di cui si debbono trarre le conseguenze, che non implicano necessariamente la ricaduta nell'opposto principio della "discrezionalità"»³⁹⁸.

Nel momento in cui l'obbligatorietà non è percorribile — perché si versa nel campo dell'impossibilità giuridica — occorre fare delle scelte, scelte che devono essere giustificate mediante criteri che non ricadano in opzioni di politica criminale, ma piuttosto siano basate su criteri oggettivi. Nei fatti, nonostante il Pubblico Ministero dovrebbe essere vincolato ed obbligato a

³⁹⁸ MADDALENA M., *Ossequio formale od obbedienza reale? L'obbligatorietà dell'azione penale*, in "Critica Penale", Sesta Serie, 2007, fascicolo 1, pp. 5-26.

procedere e perseguire qualunque reato di cui venga a conoscenza, non riesce nell'intento imposto dal precetto Costituzionale. L'abnorme quantitativo di reati che vengono commessi³⁹⁹ che si aggiunge ad un personale insufficiente rispetto alle necessità, porta i Procuratori a fare delle scelte tra quali crimini e verso quali criminali esercitare l'azione penale. Scelte che risultano ancora più illegittime poiché frutto di una doppia violazione: la prima dell'articolo 112, che come visto imporrebbe al Pubblico Ministero di procedere ogniqualvolta gli pervenga notizia della commissione di un reato; la seconda del giusto processo in quanto si assiste ad un diniego sostanziale di giustizia.

Empasse per il cambiamento perché la norma esiste e non può essere espressamente e volontariamente ignorata con istituti che ne rinneghino nei fatti i principi su cui poggia. Mi spiego meglio: una malcelata disapplicazione è ammessa perché nascosta e indiretta, ma un reale ed esplicito disconoscimento non è ammissibile.

É evidente, dunque, come la situazione attuale ci costringe a confrontarsi con un principio che, nonostante si dovrebbe assolutamente rispettare in quanto imposto dalla fonte al più alto livello della gerarchia, viene nei fatti inadempito a causa dell'impossibilità reale di fare altrimenti. L'illegittimità si trasforma così in legittimazione *post factum*.

Le obiezioni di quanti, dunque, vedono in tale postulato un ostacolo alla mediazione — e a qualsiasi forma di diversione processuale — , sono in realtà mere affermazioni di principio che, trincerandosi dietro un'obbligatorietà solo formale, dietro il *nomen iuris* dell'apparenza, non colgono la reale sostanza del principio. A ben vedere, infatti, l'incompatibilità della mediazione con tale principio è più apparente che

³⁹⁹ I reati a cui mi riferisco sono solo quelli che vengono a conoscenza dell'Autorità Giudiziaria e che trovano un felice epilogo. Ovviamente si escludono dal computo tutte le ipotesi che costituiscono la cosiddetta cifra oscura e che, se venissero scoperti, finirebbero per bloccare definitivamente l'ulteriore operare della giustizia perché diventerebbero un numero talmente cospicuo da impedire del tutto lo svolgimento dell'intera macchina giudiziaria.

reale⁴⁰⁰. Invero, già ad una prima e superficiale disamina del codice di rito si osserva la proclamazione del principio dispositivo delle parti che, in uno con altre scelte discrezionali ammesse a chiare lettere dal dettato normativo, risultano dunque perfettamente compatibili con il sistema valoriale dettato dalla Costituzione e con il principio di obbligatorietà. Ad esempio, è ciò che accade precipuamente con le condizioni di procedibilità⁴⁰¹.

Ad una lettura più approfondita si osserva come sia lo stesso sistema ad autorizzare la deroga a tale principio laddove vi sia il consenso delle parti. *«Le scelte però sono prive di giudizi di opportunità ma temperate alla luce dei parametri normativi posti a presidio di tali valori. Occorre puntare sul recupero della legalità processuale. Il principio di legalità è la chiave di lettura alla luce della quale occorre raggiungere equilibrio tra le garanzie di efficienza»*⁴⁰².

Il principio di obbligatorietà, in realtà, non esclude che l'Ordinamento in via generale possa stabilire che — indipendentemente dall'obbligo del Pubblico Ministero di esercitare l'azione penale — siano disciplinate alcune condizioni al ricorrere delle quali — e solo al ricorrere delle stesse — la pubblica accusa promuova l'azione penale⁴⁰³. Il principio *de quo* è rispettato

⁴⁰⁰ La soluzione più semplice sarebbe quella, ovviamente, preso atto dell'impossibilità di adempiere il precetto di cui all'art. 112 Cost., di ipotizzare una modifica costituzionale in favore della facoltatività. A ciò, tuttavia, si opporrebbero quanti ritengano che i Pubblici Ministeri siano profondamente inaffidabili e temono che, in questo modo, verrebbero effettuate delle scelte di valore che esulino dalla correttezza dell'agire *secundum ius* per perseguire i reati che siano più compiacenti. Vi sarebbe poi la paura che possano essere eluse le garanzie di non discriminazione solo per la preoccupazione astratta che i Procuratori favoriscano alcuni rei piuttosto che altri, per non parlare dei problemi di corruzione che potrebbero di conseguenza verificarsi, almeno per chi si formalizza su tali astratti preconcetti. Sicuramente in un regime di facoltatività il Pubblico Ministero rischierebbe di dipendere maggiormente dalle pressioni che potrebbero arrivare preponderanti sia dal Governo che dall'opinione pubblica, tuttavia per ciò stesso non si può sempre impedire l'evolversi della società. Piuttosto sarebbe opportuno tentare il cambiamento adottando opportune cautele, considerando anche che in moltissimi Paesi europei ormai la tendenza è in questo senso (cfr. ad esempio la nostra sorella Francia, cui il nostro ordinamento è diretta derivazione per la maggior parte degli istituti giuridici). Il diritto, infatti, deve evolversi e soprattutto deve trovare in sé le soluzioni per migliorare le deficienze del sistema al fine di restituire ai cittadini la giustizia che gli è stata fino ad oggi negata.

⁴⁰¹ Cfr. Corte Costituzionale n. 78/03.

⁴⁰² CIAVOLA A., *op. cit.* p. 50.

⁴⁰³ Cfr. CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, 2010, p. 35.

se tali condizioni sono predeterminate in astratto dal legislatore al fine di sottrarle dalla discrezionalità dell'autorità giudiziaria e, una volta che le stesse condizioni tipizzate dalla legge si verificano, il Pubblico Ministero è vincolato nella scelta di provvedere eliminando così qualsiasi forma di discrezionalità in contrasto con l'art. 112 Cost. È evidente, dunque, come il principio dispositivo non sia incompatibile con l'obbligatorietà.

«A fronte del bilanciamento con altri valori non è da escludere che il legislatore ordinario possa consentire alle parti, attraverso le proprie scelte processuali, di incidere su una garanzia costituzionalmente protetta purché da ciò non consegua che alcuna garanzia sia totalmente sacrificata [.]. È la legge che deve segnare i limiti in cui le parti possono incidere sul contenuto delle garanzie e sul loro tasso di flessibilità [.]. Il principio di legalità assicura il primato della giurisdizione, è il tassello per mezzo del quale occorre costruire gli istituti di giustizia consensuale in armonia con i principi fondamentali per evitare che il primato della logica dispositiva avvenga a scapito delle garanzie giurisdizionali»⁴⁰⁴.

Alla luce di tali considerazioni, pare evidente la necessità che il principio di obbligatorietà sia reso meno rigido senza rinnegare le altre garanzie costituzionali. Infatti, *«occorre una discrezionalità controllata che dia spazio a scelte su l'an e sul quomodo ancorati a parametri tecnici sufficientemente determinati per renderli assoggettabili a controllo giurisdizionale»*.

In realtà, pur implicando l'obbligatorietà dell'azione penale la necessaria tutela dell'indisponibile interesse punitivo dello Stato, è sufficiente individuare spazi normativi — rapportabili alla sequenza di ipotesi in cui, pur in presenza di una notizia di reato, vengono meno i presupposti del dovere di procedere per l'organo di accusa, — che all'interno del procedimento legale-formale ratificano l'avvenuta ricomposizione del conflitto per esito positivo della mediazione, legittimando la rinuncia all'azione e quindi la scelta di non celebrazione del processo⁴⁰⁵. Si tratterebbe semplicemente di un altro modo di esercitare tale azione optando

⁴⁰⁴ Cfr. CIAVOLA A., *op. cit.*, p. 40.

⁴⁰⁵ PATANE' V., *La tutela della vittima nel processo di mediazione*, in "Giurisprudenza Italiana", 2012, 2.

per «un'applicazione non rigorosa del principio di obbligatorietà»⁴⁰⁶ e permettendo al Pubblico Ministero di richiedere l'archiviazione ove si «riuscissero a individuare spazi normativi che all'interno del procedimento legale-formale consacrino, anche processualmente l'eventuale esito positivo della mediazione»⁴⁰⁷.

La scelta di introdurre una mitigazione del principio di obbligatorietà risulta legittima anche alla luce di una pronuncia della Corte Costituzionale secondo la quale il «processo non debba essere instaurato quando si riveli sostanzialmente superfluo»⁴⁰⁸. Il processo, ad esempio, potrebbe definirsi “superfluo” quando la mediazione abbia avuto esito positivo dopo essere stata esperita durante le indagini preliminari. In queste ipotesi, il processo non avrebbe ragion d'essere poiché la funzione dello stesso, ossia perseguire l'interesse pubblico ad una generale persecuzione dei reati, sarebbe già stata soddisfatta dalla pratica ristorativa che, in aggiunta, avrebbe anche realizzato l'interesse specifico delle parti e, in particolare, della vittima.

Ancora muovendo dall'interpretazione estensiva dell'art. 125 disp. att. c.p.p. si potrebbe interpretare il concetto di "superfluità" in modo da «delineare di contorni di un'azione penale capace di arrestarsi di fronte a condotte che non raggiungano significativi livelli di gravità o che meritano di essere affrontati con strumenti alternativi»⁴⁰⁹.

In queste ipotesi di diversione processuale, l'interesse alla generale repressione dei reati sarebbe comunque soddisfatto dalla presenza di un accordo conclusivo a seguito della conferenza che disporrebbe una punizione per il reo. Tutte le esigenze che si perseguono nel giudizio ordinario sarebbero in questo modo raggiunte, facendo diventare superflua

⁴⁰⁶ MADDALENA M., *op. cit.*, p. 14.

⁴⁰⁷ PATANE' V., in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004, p. 126.

⁴⁰⁸ Corte Costituzionale, sentenza numero 88 del 15 Febbraio 1991, in “Giurisprudenza Costituzionale”, p. 591.

⁴⁰⁹ CIAVOLA A., *op. cit.* p. 80.

l'ulteriore azione e legittimando il Pubblico Ministero a richiedere l'archiviazione. Inoltre,

«per superfluità potremmo anche intendere la non utilità a perseguire un fatto che, se pur astrattamente previsto dalla legge come reato, ha perso i requisiti di offensività/lesività. La riparazione del danno riduce il disvalore sociale della condotta, diminuendone – qualora non riesca, addirittura, ad azzerarle – le conseguenze pregiudizievoli. Si tratta dunque di un giudizio di offensività esprimibile non ex ante, bensì ex post, venendo calibrato pure sulla base del comportamento dell'autore successivo al fatto»⁴¹⁰.

L'art. 50 c.p.p., come noto, individua le ipotesi in cui il PM debba far luogo ad una richiesta di archiviazione, individuando così un preciso limite ai casi di esercizio della stessa. Nel nostro ordinamento, dunque, sussiste la *«possibilità di un'azione selettiva dell'accusa, entro limiti assai ristretti e legislativamente predeterminati: sicché qualsiasi meccanismo di diversione precoce, nell'accezione più radicale di alternativa alla stessa perseguibilità, deve necessariamente collocarsi all'interno di spazi normativi che legittimano la decisione di non procedere, ossia quelle situazioni rapportabili alla sequenza che fonda i presupposti positivi dell'archiviazione»*⁴¹¹. Infatti, non si può ritenere che l'art. 112 Cost. escluda che siano ammessi *«spazi di discrezionalità vincolata bensì occorre verificare l'adeguatezza della regola di giudizio dettata per individuare il discrimine tra l'azione e l'archiviazione rispetto a quelle di assicurare il controllo del giudice sull'attività omissiva del PM»*⁴¹².

Per rendere compatibile la *diversion* con il principio di obbligatorietà *«occorre regolamentare la disciplina dell'archiviazione in modo da consentire al PM di dare rilievo a soluzioni basate su discrezionalità, sul consenso [...] anche quando vi siano elementi sufficienti per il rinvio a giudizio [...]». Per rendere più flessibile l'esercizio dell'azione penale è*

⁴¹⁰ TIGANO S., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in “Rassegna penitenziaria e criminologica”, 2006, numero 2, p. 39.

⁴¹¹ MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

⁴¹² CIAVOLA A., *op. cit.* p. 55.

doveroso individuare parametri precostituiti, obiettivi, trasparenti e controllabili a posteriori»⁴¹³.

Se la legge fissasse i casi in cui è possibile ricorrere alla deviazione dal processo si potrebbero implementare le ipotesi di *diversion* processuale e l'art. 112 Cost. verrebbe interpretato non più come una forma di obbligatorietà assoluta a procedere, ma come obbligo di agire attenuato dalla necessaria tutela degli altri valori costituzionali interessati. «*La concezione realistica del principio permette di guardare al di là della formulazione testuale della garanzia andando ad individuare le esigenze di tutela che attraverso di essa si cercano di salvaguardare e che si possono perseguire anche senza la rigidità di una regola come quella di cui all'art 112»⁴¹⁴.*

Parte della dottrina ritiene che la mediazione possa essere compatibile con tale principio solo se venga inclusa tra le condizioni di procedibilità, dimostrando così di accogliere una visione formalistica del principio di obbligatorietà.

In realtà, occorrerebbe far leva sulla *ratio* profonda dell'art. 112 — e dunque sul principio di legalità — prevedendo che la Pubblica accusa faccia scelte incardinate entro binari prefissati evitando che possa operare in base a mere opzioni di opportunità. «*Occorrerà dunque introdurre forme di discrezionalità controllata»⁴¹⁵.* La discrezionalità può ritenersi controllata quando è basata su criteri prefissati dalla legge. Questa soluzione sarebbe astrattamente possibile e già porterebbe ad una attenuazione della discrasia fin'ora esistente tra il precetto e l'istituto in esame. «*La mediazione dovrà essere considerata non una diversa modalità di definizione del processo ma come modalità di esercizio differente della giurisdizione. La mediazione dunque come terza via»⁴¹⁶.*

⁴¹³ CIAVOLA A., *op. cit.* p. 63.

⁴¹⁴ CIAVOLA A., *op. cit.* p. 66.

⁴¹⁵ CIAVOLA A., *op. cit.* p. 73.

⁴¹⁶ CIAVOLA A., *op. cit.* p. 112.

Conclusivamente riteniamo sarebbe più opportuno raggiungere una «discrezionalità formalizzata rispetto ad un'obbligatorietà solo formale»⁴¹⁷, ossia che si dovrebbe accettare un'interpretazione più elastica del principio piuttosto che rimanere ancorati ad un'idea irraggiungibile.

Un'altra norma costituzionale che viene invocata quando si tratta di mediazione è l'articolo 27 comma 2, espressione del principio di presunzione di innocenza⁴¹⁸. Tale postulato impone che l'imputato sia considerato innocente fino alla sentenza di condanna definitiva.

Il problema della compatibilità di tale principio con le pratiche mediatriche concerne il fatto che per poter partecipare alle procedure l'imputato deve necessariamente ammettere la propria responsabilità, o meglio deve concordare sull'esistenza del reato e sulle modalità di realizzazione dello stesso. Il problema, ovviamente, si verifica nell'ipotesi in cui la mediazione non abbia esito positivo ed il procedimento si debba riaprire. In questi casi il giudice potrebbe utilizzare il mancato esito della mediazione a discapito del reo, sia come indizio a favore della sua colpevolezza, sia quale indice di commisurazione della pena ex 133 c.p. nella forma del contegno processuale. Se così avvenisse ovviamente il principio *de quo* sarebbe irrimediabilmente vulnerato. Per evitare tale rischio sia la Raccomandazione del Consiglio d'Europa (99) numero 19 che i Principi ONU, impongono il divieto assoluto di utilizzare in giudizio i risultati e le informazioni ottenute nel corso della mediazione.

Tale principio potrà dirsi anzitutto rispettato se la colpevolezza del reo non sarà provata e basata sul fatto di avere acconsentito a partecipare alla pratica ristorativa. L'atteggiamento dell'imputato e le dichiarazioni effettuate in quella sede, inoltre, non dovranno venire in alcun modo a conoscenza dell'Autorità Giudiziaria e del giudice.

⁴¹⁷ TIGANO S., *op. cit.*, p. 14.

⁴¹⁸ per un approfondimento cfr. RUGGIERI in PICOTTI L (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998, MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003; TIGANO S., *op. cit.*

In ossequio a tali principi, si prevede, quindi, che il mediatore, nel preparare il documento conclusivo in cui riferisce dei risultati della mediazione, si dovrà limitare a dare conto solo di quanto strettamente necessario e non potrà in alcun modo riferire i dettagli relativi alla conferenza. Dovrà dunque dare atto esclusivamente dell'avvenuta mediazione e del risultato della stessa — se positivo o negativo — per permettere al giudice di decidere la sanzione opportuna. In questo modo il Magistrato si limiterà a constatare il fatto storico dell'avvenuto tentativo di mediazione e deciderà se continuare con il procedimento o meno a seconda del risultato della stessa, in perfetta attuazione dell'articolo 27,2° comma della Costituzione. Questa soluzione è facilmente raggiungibile utilizzando anche i rimedi previsti dal nostro codice di procedura penale nella parte in cui disciplinano il cosiddetto diritto al silenzio (artt. 62, 64, 65)⁴¹⁹. Tali norme, infatti, impongono di rispettare il diritto dell'imputato a non rendere dichiarazioni circa la propria responsabilità. Se il reo decide di partecipare alle pratiche mediatriche, questo per ciò stesso non significa che sia analogamente disposto ad ammettere la propria responsabilità nel corso del giudizio e tale diritto deve essere rispettato nonostante costui abbia implicitamente ammesso la propria colpa in precedenza per poter accedere alla mediazione stessa. Infatti, così come «*le dichiarazioni comunque rese [...] non possono formare oggetto di testimonianza*» (art. 62), analogamente potrebbe accadere in caso di mediazione. Diversamente opinando, infatti, si violerebbero i più elementari canoni di civiltà giuridica poiché vi sarebbe un'implicita coartazione della volontà del reo costretto a non partecipare alla pratica per paura che un esito infausto della stessa si riverberi sulla sua situazione nel procedimento successivo. Ciò anche in considerazione del fatto che la pratica potrebbe avere un esito negativo anche a causa della condotta della vittima, che potrebbe anche non voler partecipare o che potrebbe non partecipare in

⁴¹⁹ MANNOZZI G., *op. cit.*

modo costruttivo agli incontri. Tale soluzione, tra l'altro, è desumibile anche dall'articolo 64⁴²⁰.

Per essere dunque rispettata la presunzione di innocenza è necessario che il giudizio che eventualmente consegua alla mediazione sia impostato secondo le regole ordinarie di formazione della prova (art.111 Costituzione) e che la colpevolezza o meno del reo sia stabilita all'esito del giudizio, come se le pratiche ristorative non fossero mai state esperite.

Ancora, in relazione al principio di riserva assoluta di legge vigente in materia penale, basti osservare che sarebbe sufficiente un'applicata disciplina della mediazione perché il precetto risultasse adempiuto. Ovviamente, se si continua ad operare come ora, ossia in assenza di alcuna disciplina normativa, soprattutto in campo minorile in cui tali pratiche vantano una maggiore espansione, vi sono molteplici rischi perché le pratiche ristorative vengono praticate sul filo di lana della legittimità sfruttando un'interpretazione estensiva della sospensione del processo con messa alla prova del minore.

Inoltre, anche le sanzioni dovrebbero essere tipizzate per adempiere *in toto* al principio di riserva assoluta⁴²¹. La mediazione, nella sua forma più pura, si conclude con una sorta di punizione concordata tra la vittima e l'autore stesso. Astrattamente si potrebbe ritenere che tale esito osti irrimediabilmente a tale principio. Diversamente, se venisse previsto legislativamente un ventaglio di sanzioni genericamente ricondotte entro alcune macro categorie tra le quali potrebbero esservi ad esempio, attività a favore della vittima, attività a favore della comunità, programmi di recupero, risarcimento del danno, etc., potrebbe risolversi il problema. In tal modo, le parti sarebbero libere di determinare in cosa consistano in concreto queste attività, preservandone sia i principi fondamentali della mediazione che la prescrizione costituzionale. Sicuramente quest'ultima sarebbe

⁴²⁰ L'art 64,2°c c.p.p. prevede che «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

⁴²¹ TIGANO S., op. cit.

adempita in modo abbastanza lato, ma questo sarebbe legittimo in una prospettiva di *favor rei*⁴²².

Quanto al rispetto del principio del contraddittorio, così come risulta dalla lettura dell'art. 111 comma 5 Costituzione, si può affermare sia un diritto disponibile dall'imputato e dunque rinunciabile. Le deroghe a tale principio tuttavia non comportano il diritto dell'imputato a rinunciarvi *ad libitum* in quanto la Costituzione stabilisce vi si possa prescindere solo quando esso è inutile o di impossibile. Tale indisponibilità non è un valore assoluto perché la rinuncia a tale garanzia risulta espressione di un diverso modo di esercizio che è temperato dal controllo giurisdizionale: il giudice, infatti, deve riequilibrare i valori in gioco, ed evitare che tale rinuncia sia un pretesto per rinunciare alla ricerca della verità dei fatti. Una lettura costituzionalmente orientata della norma del codice laddove ha lasciato alle parti spazi di disponibilità nel metodo di accertamento della prova, ha tuttavia obbligato a riconoscere poteri probatori *ex officio* per evitare di mortificare il dettato costituzionale e la dialettica processuale. L'intervento del giudice costituisce presidio per la completezza cognitiva e l'affidabilità della decisione idonea a definire il processo. Occorre dunque domandarsi se sia possibile conciliare l'accertamento e la negoziazione — e dunque optare per la giustizia consensuale — con il principio del contraddittorio. L'accertamento del fatto si realizza nel processo basato sul contraddittorio, la negoziazione in realtà prescinde da tale accertamento⁴²³.

Nel nostro ordinamento lo scopo del processo è l'accertamento dei fatti e non la mera risoluzione dei conflitti tra le parti. Per verificare la compatibilità costituzionale dei modelli di giustizia negoziata è opportuno distinguere i vari profili in cui si sostanzia la garanzia dell'accertamento giudiziale che è sempre doveroso salvaguardare. In realtà, il problema è più apparente che reale in quanto dipende dalla concezione del diritto penale che viene prescelta. Se non ci si separa dal modello statocentrico del reato come offesa ai beni giuridici è ovvio che lo strumento negoziato risulta

⁴²² *ut supra*

⁴²³ RUGGIERI in PICOTTI *op.cit.*

incompatibile con tale visione e dunque anche con il principio *de quo*. In realtà, già la scelta per il principio dispositivo consente di rinunciare al contraddittorio in favore di una riappropriazione ad opera delle parti del conflitto originato dal reato⁴²⁴.

Infine, potrebbe essere paventato un dubbio di legittimità di tali pratiche in relazione all'articolo 3 Cost., ossia al principio di non discriminazione⁴²⁵. Tali obiezioni, a nostra opinione, non hanno particolare ragion d'essere. Infatti, se si dubita di una pratica solo perché vi potrebbe essere una discriminazione illegittima tra rei in quanto condizionati nel partecipare dalla volontà delle vittime, non si percepisce la reale sostanza dell'istituto. Innanzitutto, l'articolo 3 stabilisce che sono illegittime le discriminazioni basate su sesso, razza, lingua, religioni, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. Come si può facilmente osservare l'ipotesi in esame non rientra tra quelle specificate. Il secondo comma, poi, prescrive che lo Stato deve rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono la libertà di pieno sviluppo di ogni cittadino. La discriminazione che si verrebbe di conseguenza a paventare concernerebbe il mero fatto che un reo sia ammesso a partecipare alla mediazione perché la vittima del suo reato ha acconsentito, con quello che invece ne risulta escluso dato che la sua vittima ha negato la propria volontà di partecipare. In tali circostanze, non si assiste ad alcuna discriminazione, perché se è vero come è vero che il reo che subisce il giudizio ordinario vanta una condizione meno felice di quanti sono ammessi alle conferenze di ristorazione e che le sanzioni risultano di conseguenza meno gravose in termini di sofferenza personale, tuttavia la discriminazione non esiste in quanto tutti — e sottolineo tutti — i rei sarebbero messi nella stessa possibilità astratta di partecipare alla conferenza, così come tutte le vittime, per le quali sussiste altrettanto

⁴²⁴ Per un approfondimento cfr. FONDAROLI D., *Diritto penale, vittimizzazione e "protagonismo" della vittima*, in "Rivista di Criminologia, Vittimologia e sicurezza", Vol. VIII, 1, Gennaio-aprile 2014, p. 74 e ss.

⁴²⁵ Per un approfondimento cfr. ASHWORTH A., *Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State*, in "Oxford Journal of Legal Studies", Oxford University Press, vol. 6, numero 1, 1986, pp. 86-122.

l'analogo rischio di vedere rifiutato il loro desiderio di incontrare il reo, nell'astratta possibilità di partecipare.

Se la pratica poi non avrà luogo per diversi motivi, questo non la trasforma per ciò stesso in una procedura illegittima. Infatti, diversamente la mediazione verrebbe imposta coartando la volontarietà delle parti ad incontrarsi: la legittimità della procedura rimane fino a che la possibilità è offerta astrattamente a tutti gli interessati e che questi abbiano la facoltà di decidere il se e il quando della mediazione.

In conclusione, l'obbligatorietà dell'azione penale, il principio del contraddittorio in condizioni di parità, la presunzione d'innocenza, il principio di legalità dei reati e delle pene sono tutti precetti che legittimano le condizioni di operatività del sistema penale. La mediazione, la giustizia ristorativa e le forme di diversione processuale, lungi dal rinnegare tali principi, costituiscono in realtà diretta realizzazione degli stessi e si pongono su un piano di perfetta compatibilità.

2. I limiti "procedurali"

Sotto il profilo per così dire più propriamente procedurale, sono molteplici i motivi che influiscono negativamente sulla mancata espansione della mediazione.

Anzitutto, in ambito minorile manca una cornice legislativa di riferimento che permetta ai giudici, ed in generale agli operatori della giustizia, di scegliere quando e come operare⁴²⁶. Ciò, come abbiamo già visto precedentemente, determina notevoli e pericolose differenze applicative nell'ambito delle diverse realtà territoriali. Tale rilievo, in realtà, non è condiviso da tutti gli autori e non giustifica il motivo della minore

⁴²⁶ Per un approfondimento cfr. MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2012; SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", n. 3-4, 2001, pp. 129 e ss.

implementazione della mediazione in Italia rispetto al resto d'Europa⁴²⁷. Infatti, si deve considerare che l'assenza di un substrato normativo di riferimento, non ha comunque impedito ad alcuni Giudici di realizzare percorsi di mediazione. E tra l'altro ciò è visto positivamente da quanti sono contrari alla mediazione e che, proprio grazie all'assenza di una normativa rigida in tal senso, possono anche scegliere di non praticare gli incontri⁴²⁸. Alcuni autori⁴²⁹ ritengono che il motivo della mancata implementazione della mediazione nel nostro ordinamento sia dovuta alla scelta del "tipo di reato" quale criterio utilizzato dai giudici — ed in generale dagli operatori della giustizia — per decidere sull'*an* degli incontri. Infatti, molti magistrati, come visto, ritengono imprescindibile per poter procedere con la mediazione che si tratti di reati contro la persona, che vi sia una pregressa relazione tra le parti e che vi sia una vittima identificabile⁴³⁰. Ciò nonostante siano proprio i reati contro il patrimonio ad essere commessi in misura maggiore dai minori.

Tra l'altro, il fatto che non vi sia una vittima identificabile, a differenza di quanto credono molti degli operatori italiani, non impedisce che si possa esperire efficacemente un percorso di mediazione. Il problema, infatti, è facilmente superabile facendo svolgere l'incontro di mediazione da un rappresentante dell'ente, della scuola, del supermercato, come accade nelle realtà in cui tali percorsi sono comunemente praticati⁴³¹.

La ragione può essere in massima parte spiegata con *«lo scambio tra mezzi fini — che rivela la — confusione teorico/concettuale che regna intorno alla mediazione penale tra gli stessi addetti ai lavori. Il che induce una*

⁴²⁷ MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss.

⁴²⁸ Per un approfondimento cfr. MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, cit.

⁴²⁹ GHETTI in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, cit.

⁴³⁰ GHETTI in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, cit.

⁴³¹ Per un approfondimento cfr. MESTIZ A., *La mediazione penale minorile: aspetti comparati*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 79—101; MIERS D., *An exploratory evaluation of restorative justice schemes*, Crime Reduction Research, Series Paper 9, Home Office, September 2001, National Commission On Restorative Justice, *Final Report*, PDF document (Ireland); MORRIS A., MAXWELL G., *Restorative Justice for Juveniles*, Oxford, Portland Oregon, 2001.

identica confusione sul versante operativo, confermando che le azioni sono guidate da idee preconcelte»⁴³².

È evidente, dunque, che la ragione sia altresì da rinvenire in una *«dimensione sfiducia verso soluzioni riparative; ma soprattutto emerge la dimensione culturale di questo fenomeno, ovvero il considerare solo la vittima primaria come persona fisica direttamente colpita dal reato escludendo il concetto di vittima secondaria individuabile nella famiglia, nella comunità di appartenenza o nella società in generale»⁴³³.*

Probabilmente quando inizierà a diffondersi una maggiore apertura a tipi di reati diversi, crescerà anche il numero di casi inviati in mediazione⁴³⁴. Infatti, sono molti i crimini, oltre quelli contro la persona, che possono portare ad un felice epilogo laddove si procedesse con forme di giustizia ristorativa. Si pensi, infatti, ai molteplici casi di danneggiamenti, di reati contro il patrimonio, o ancora i reati contro l'onore, sono tutte ipotesi in cui la mediazione è pacificamente praticata e che hanno esiti estremamente positivi⁴³⁵.

Ulteriori motivi che si ritiene abbiano influito sullo scarso sviluppo della mediazione concernono le differenti modalità di finanziamento degli operatori in uno con l'assenza di un centro unico per la mediazione minorile⁴³⁶. Non tutti i Tribunali dei minorenni, infatti, sono dotati di strutture che sono idonee a praticare la mediazione e comunque, anche

⁴³² MESTIZ A., *La mediazione penale minorile: aspetti comparati*, in "Mediaries", 6/2005, cit. p. 95.

⁴³³ DI CIO' F., *Verso una giustizia di prossimità: alcune riflessioni a partire dalle esperienze di mediazione penale minorile*, in "Mediaries", 6/2005, p. 150.

⁴³⁴ MESTIZ A., in MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*

⁴³⁵ Per un approfondimento sui tipi di reati che possono essere "mediati" si veda il capitolo sui *case studies*. Alcune ricerche, inoltre hanno dimostrato che a fronte del 64% dei reati contro la persona il 20% si conclude positivamente, mentre del 30% delle procedure effettuate rispetto a reati contro il patrimonio, il 71% ha esito positivo (cfr. MESTIZ A., *La mediazione penale minorile: aspetti comparati*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 94). Bisogna prendere atto che i dati dimostrano che la mediazione ha un esito maggiormente positivo quando esperita per i reati contro il patrimonio rispetto a quelli contro la persona, ancorché, in Italia, i magistrati preferiscono inviare i casi in mediazione quando vi sia appunto un reato contro la persona.

⁴³⁶ MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

laddove tale struttura è presente, ciò non impedisce ai magistrati di non inviare i casi in mediazione⁴³⁷.

Il numero di mediatori è significativamente scarso e molti centri locali esterni sopravvivono solo grazie ai protocolli di intesa che forniscono il personale e forniscono i finanziamenti temporanei che però devono essere costantemente rinnovati.

«*Il problema centrale è la precarietà*»⁴³⁸. I Governi centrali non finanziano la mediazione e da quando si è iniziato a parlare di mediazione, ossia dal 1995, se ne sono sostanzialmente disinteressati. Inoltre, non esiste, come accennato, un centro di coordinamento centrale delle attività dei gruppi di mediazione. Ciò non sarebbe funzionale ad una uniformazione delle procedure applicative, in quanto la mediazione per funzionare adeguatamente deve poter essere lasciata libera di operare con adeguata flessibilità, ma ciò si rende necessario al fine di superare le esigenze comuni che si presentano su tutto il territorio nazionale e che sono soprattutto legate al monitoraggio e alla ricerca⁴³⁹.

Tra gli adulti, invece, l'accento alla mediazione da parte dei diversi testi normativi senza alcuna chiara e compiuta regolamentazione dell'istituto, cui si accompagna la mancata creazione di adeguate strutture nel territorio nazionale, impedisce alle scarse previsioni normative di funzionare adeguatamente.

Un altro motivo che ha influito sullo scarso sviluppo della mediazione è la resilienza al cambiamento.

⁴³⁷ MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss.

⁴³⁸ MESTIZ A., *La mediazione penale minorile: aspetti comparati*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 92.

⁴³⁹ Nel nostro ordinamento, infatti, non viene data adeguata attenzione al profilo della ricerca e del monitoraggio dei dati che invece dovrebbe essere implementato per consentire una efficiente ed efficace diffusione di una pratica. Tale malcostume accompagna qualsiasi branca del nostro sistema normativo, ma in un settore come questo, in costante evoluzione e che si plasma in ragione delle conoscenze che vengono via via acquisite, sarebbe imprescindibile diffondere adeguatamente dati ed analisi statistiche. Per far ciò la creazione di una struttura centrale sarebbe il primo passo obbligato anche in tal senso.

«Lawrence Friedman, uno dei primi studiosi a condurre ricerche sui sistemi giudiziari nella prospettiva delle scienze sociali, ha evidenziato che ogni comunità nazionale ha la propria cultura giuridica ed ha distinto tra “cultura giuridica esterna” comune a tutta la popolazione e “cultura giuridica interna” che è “l’insieme dei valori, delle ideologie, dei principi propri di avvocati, di giudici e di altri che lavorano all’interno del cerchio magico del sistema giuridico”. Dalle ricerche su questo tema condotte in Italia è emerso in particolare che la cultura giuridica interna di magistrati e avvocati comprende non solo i modelli di comportamento e di ragionamento giuridico, ma anche una serie di miti e valori, nonché di credenze e ideologie, trasmessi attraverso il processo di socializzazione (universitario e professionale), sui quali si articolano le attività professionali e che di fatto determinano l’efficienza e il funzionamento del sistema giudiziario»⁴⁴⁰.

Se si osserva attentamente il complesso delle norme del sistema minorile, si può osservare come l'unico istituto funzionale alla responsabilizzazione del minore deviante è la sospensione del processo con la messa alla prova (analogamente a quanto accade per gli imputati adulti). Tra l'altro lo stesso risulta scarsamente utilizzato nonostante i buoni risultati che presenta. Ciò *«rappresenta un valido indicatore di un orientamento pregiudiziale ideologico diffuso che – più o meno consapevolmente – sembra non credere nella validità educativa della responsabilizzazione del minore e/o non riesce ad elaborare/accettare nuovi strumenti sostanzialmente estranei alla cultura “religioso-familista” e protettivo-paternalistica diffusa in tutti gli strati della nostra società»*⁴⁴¹. Tuttavia, finché non si implementerà l'idea che i minorenni debbano essere responsabilizzati per le loro azioni, debbano riparare i danni provocati dai reati da loro commessi, nonché imparare ad incontrarsi con le vittime, anche gli istituti di giustizia ristorativa difficilmente troveranno maggiore sviluppo. Le pratiche ristorative, infatti, come abbiamo visto hanno alla loro base l'idea del perdono e del superamento del conflitto tramite l'incontro e il dialogo.

«Sembra che in generale la cultura giuridica interna minorile non abbia ancora assimilato queste idee centrali della giustizia riparativa. La cultura giuridica di base del nostro Paese resta ancora inquisitoria, come peraltro accade anche in Spagna e Portogallo. Dunque è facile comprendere perché le strategie riparative stentano a decollare nei paesi dell’Europa meridionale e perché possono essere viste con sfiducia o sfavore dalla maggioranza degli

⁴⁴⁰ MESTIZ A., *La mediazione penale minorile: aspetti comparati*, cit. p. 125.

⁴⁴¹ MESTIZ A., *op. ult. cit.* p. 129.

operatori. Sono questi elementi ideologici, a mio avviso, i principali ostacoli culturali alla mediazione penale e alla messa alla prova»⁴⁴².

I fattori ideologici che ancora influenzano negativamente lo sviluppo della mediazione penale possono essere ancora identificati nella visione statocentrica del reato, nel modello retributivo, nella forte attenzione al principio di legalità, nell'imparzialità nonché la scarsa attenzione alle vittime⁴⁴³. Ancora, centrale è certamente l'orientamento paternalistico della giustizia minorile che risulta orientata alla protezione del deviante piuttosto che alla sua responsabilizzazione.

Un ulteriore motivo che influisce sulla scarsa implementazione delle pratiche ristorative è dovuto alla mancanza di un'adeguata cultura degli operatori. Infatti, nelle realtà in cui vi è una minore applicazione della mediazione minorile, gli studi⁴⁴⁴ hanno dimostrato che ciò è estremamente influenzato dalle scarse conoscenze di tali istituti da parte degli avvocati, magistrati etc. È in queste realtà, infatti, in cui minore è la cultura ristorativa — dove risultano scarse anche le iniziative per diffonderne cultura e valori — in cui è minore lo sviluppo e l'applicazione delle stesse.

Alcuni autori, poi, nel mostrare la loro contrarietà all'introduzione di pratiche ristorative per i reati più gravi, richiamano una percezione ostile della generalità dei consociati, una situazione che *«non può che essere vista come in senso negativo da parte della generalità delle persone [..]. Del resto bisognerebbe chiedersi qual'è al di là dell'aspetto materiale [..]. l'interesse, il beneficio che la vittima potrebbe avere dalla mediazione, che è pur sempre quello del bilanciamento degli interessi, del bilanciamento delle convenienze»*⁴⁴⁵.

⁴⁴² MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, cit. 129.

⁴⁴³ MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, cit. 130.

⁴⁴⁴ Per un approfondimento cfr. MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Gangemi Editore, 2012; cfr. DALLA LIBERA E., VEZZADINI S., *Giustizia riparativa e messa alla prova: uno sguardo alle prassi del Tribunale per i minorenni di Bologna*, in "Minorigiustizia", n. 3, 2010, pp. 225 e ss.

⁴⁴⁵ CARUSO A., *Mediazione penale e riforme legislative*, in "Mediaries", 6, 2005, p. 52.

A nostro avviso, è proprio questo il maggior ostacolo all'introduzione delle pratiche ristorative. L'avversità dell'opinione pubblica influenza in modo estremamente negativo lo sviluppo di un istituto e la percezione che di esso hanno anche gli operatori del settore. In realtà, se chi accoglie tali avversità e anche chi le formula si informassero adeguatamente, scoprirebbero che sono proprio le vittime dei reati più gravi ad avere i maggiori benefici da tali pratiche e che le vittime, nella maggior parte dei casi, non sono interessate ad un ristoro materiale, piuttosto ad uno simbolico⁴⁴⁶. È evidente che chi si esprime in questi termini non ha un adeguato bagaglio informativo sulla giustizia restaurativa. E dunque, si rivela quantomai necessario implementare i corsi di formazione e di informazione per gli operatori della giustizia per diffondere un'adeguata cultura della mediazione.

Non sorprende che, come abbiamo visto sopra⁴⁴⁷, molte delle realtà in cui tali pratiche sono sviluppate in misura minore sono anche le realtà in cui minori sono le iniziative per diffondere la cultura della mediazione. Infatti, *«le riserve sulle pratiche meditative all'interno della giustizia penale minorile, e soprattutto della messa alla prova, dipendono spesso da una concezione ancora molto rigidamente schematica del rapporto tra reo e vittima, ancora troppo fortemente influenzata da un'ispirazione marcatamente retributiva, al cui interno, poi, non è detto che la vittima sia sempre tanto "rappresentata"»*⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Per un approfondimento, cfr. parte II della presente trattazione.

⁴⁴⁷ cfr. DALLA LIBERA E., VEZZADINI S., *Giustizia riparativa e messa alla prova: uno sguardo alle prassi del Tribunale per i minorenni di Bologna*, in "Minorigiustizia", n. 3, 2010, p. 225 e ss.

⁴⁴⁸ cfr. ANDRIA P., *Mediazione penale e giustizia minorile: potenzialità e criticità*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 66-67.

Capitolo II

Orizzonti futuri

In questo ultimo capitolo si approfondiranno possibili soluzioni applicative che, seppur non rinnegando la sostanza ed i principi reali della mediazione penale e della giustizia restaurativa, siano altresì in perfetta attuazione del nostro sistema valoriale imposto dalla Costituzione.

Si cercherà, in particolare, di prospettare scelte procedurali che siano rispondenti ai risultati raggiunti dalle ricerche e dagli studi di cui si è dato conto nel corso di questo scritto al fine di sfruttare al massimo le potenzialità applicative di questi istituti.

Infine, si darà altresì conto dei progetti di legge che sono stati elaborati recentemente e che prevedevano ipotesi di mediazione, ancorché non sono stati approvati.

1. Premessa

Alla luce dell'indagine espletata vi sono alcuni caratteri che la mediazione deve necessariamente avere per svolgersi positivamente. In particolare, è necessario che, perché le parti si incontrino al fine di superare le affezioni del reato, sia garantita l'esperibilità della mediazione in ogni fase del processo, occorre assicurare la volontarietà dell'accesso alle procedure nonché la sua autonomia dal procedimento, nel senso che la «*mediazione dovrebbe venire condotta senza interferenze da parte delle agenzie del sistema penale, che però mantengono la discrezionalità dell'invio, durante il procedimento e nel momento in cui si decide di interrompere la procedura*»⁴⁴⁹.

Ancora è necessario che i mediatori siano professionisti e che operino all'interno di un grumi strutturato dislocato presso ogni Tribunale.

Per comprendere, dunque, quali siano le possibili linee di sviluppo futuro della mediazione nel nostro Ordinamento, occorrerà partire da tali caratteristiche imprescindibili cui si dovrà aggiungere il *background* di certezze che, dopo tutti questi anni di ricerca, ha permesso di comprendere la reale sostanza di questo istituto. Mi riferisco, in particolare, alle considerazioni svolte in ordine alla maggiore efficacia della mediazione per le offese più significative⁴⁵⁰, in cui maggiori sono le affezioni cagionate dal reato; alla inopportunità di vincolare la scelta dell'*an* della mediazione in relazione al criterio del "tipo di reato", perché qualunque crimine astrattamente può essere mediato e, porre "barriere all'ingresso" di questo genere, limita fortemente la praticabilità della giustizia ristorativa in modo serio ed efficace⁴⁵¹. Ancora, non si dovrebbe limitare l'esperibilità degli

⁴⁴⁹ SAVONA E. U., *Alla ricerca di un modello ottimale di mediazione penale*, in "Mediaries", 6/2005, p. 177.

⁴⁵⁰ Per un ulteriore approfondimento cfr. SAVONA E. U., *Alla ricerca di un modello ottimale di mediazione penale*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 164-179.

⁴⁵¹ La maggior parte degli autori ritiene che «*l'utilizzo di modalità di risoluzione alternativa dei conflitti dovrebbe ritenersi ammissibile a prescindere dalla qualificazione giuridica del fatto, la quale ultima potrebbe eventualmente influire sull'esito del procedimento: con la conseguenza che anche in presenza di reati connotati da una*

incontri ad ipotesi circoscritte del procedimento, ma occorrerebbe estenderli il più possibile in ogni fase del processo, dalle indagini all'esecuzione della pena, in modo da assecondare i desideri e le necessità delle parti che abbisognano di incontrarsi per superare il crimine e le sue affezioni.

Infine, per permettere efficacemente che tali riforme non rimangano una mera scatola vuota sarà necessario, nell'immediato futuro, che si diffonda una reale cultura della mediazione e della giustizia restaurativa.

«Essenziale diventa allora una didattica della giustizia riparativa basata anche sulla comprensione profonda del significato e dei metodi della mediazione penale, per promuovere piena consapevolezza delle potenzialità del raccordo interno tra giustizia riparativa e diritto penale, anche in chiave di politica sanzionatoria»⁴⁵².

Come abbiamo visto sopra, laddove la cultura della mediazione e della giustizia restaurativa è meno diffusa, più difficile è anche lo sviluppo e la diffusione di tali pratiche e metodiche. Occorre, infatti ripartire dall'idea che *«la vera funzione di mediazione infatti si realizza, prima ancora che tra le parti, tra l'universale del logos e il particolare della vicenda conflittuale, attraverso la quale è proprio il valore del logos ad essere stato negato: ne deriva che la mediazione comporta una vera e propria ermeneutica del valore sotteso alle norme incriminatrici — e cristallizzato nella formulazione «laica» del concetto di «bene giuridico» — che la giustizia riparativa riesce a promuovere assai meglio della giustizia ordinaria»⁴⁵³.* Solo, dunque, se si supereranno quelle idee preconcepite che accompagnano

particolare gravità il sistema penale potrebbe tener conto dell'esito positivo del percorso di mediazione, pur non considerandolo sufficiente a definire il procedimento con una formula assolutoria, ma valutandolo solamente ai sensi dell'art. 133 c.p. per una più adeguata commisurazione della pena» (cfr. VASSALLO A., Brevi riflessioni in tema di mediazione penale a seguito di un recente incontro di studio, in "Cassazione penale", fasc.7-8, 2006, pag. 2635B).

⁴⁵² Per un approfondimento sul tema cfr. MANNOZZI G., LODIGIANI G. A., *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", fasc.1, 2014, pagg. 133 e ss.

⁴⁵³ MANNOZZI G., LODIGIANI G. A., *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, cit. p. 135.

tali istituti si potrà davvero consentire un'efficace sviluppo di queste pratiche. Infatti, se si continuerà ad seguire l'idea che alcune offese non sono mediabili perché senza vittima o perché osteggiate dall'opinione pubblica⁴⁵⁴, la cultura della mediazione non troverà mai una strada significativa e reale.

2. In ambito minorile

In ambito minorile, come visto, non sussistono limiti procedurali di reale ostacolo ad una maggiore generalizzazione dell'istituto. Infatti, la messa alla prova è applicabile per qualsivoglia offesa, anche la più significativa, e gli altri istituti di diversione processuale (tenuità del fatto e perdono giudiziale) offrono molteplici occasioni per far uscire il minore in una fase avanzata dalla procedura, prima che il deviante entri in contatto con la macchina giudiziaria.

La cultura più propriamente educativa, poi, sottesa alla tradizione minorile dovrebbe anch'essa consentire un efficace espletamento della mediazione.

Come abbiamo visto, gli ostacoli che si frappongono ad un efficace espletamento delle pratiche ristorative sono di altra natura.

Anzitutto, occorrerà individuare un ambito di attenzione privilegiato per le necessità della vittima. La mediazione non coinvolge solo il reo e non riguarda solo lui. Occorre pertanto uscire dalla prospettiva marcatamente garantista per volgere maggiore attenzione ai bisogni della vittima. Secondariamente, occorrerà *«evitare il rischio di intendere la mediazione nella sola prospettiva che riguarda la definizione del processo e quindi, con prevalente attenzione al reo in quanto essa si iscrive nel cammino di ricostruzione della vittima come persona [...] e conseguente ad entrambe le parti — vittima e reo — di riconquistare insieme, quasi l'una come conseguenza dell'altra la propria dignità»*⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Per un approfondimento cfr. CARUSO A., *Mediazione penale e riforme legislative*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 47-54.

⁴⁵⁵ OCCHIOGROSSO F., *L'innovazione della mediazione penale: una promessa mantenuta?* in "Mediaries", 6/2005, p. 122.

Ancora, si dovrà incidere sul fattore tempo. Le indagini effettuate⁴⁵⁶, infatti, dimostrano che dal fatto di reato all'ingresso in mediazione passa più di un anno. Tale lasso di tempo è un abisso in considerazione che il deviante è un adolescente per il quale un anno trascorre molto più velocemente che per un adulto. Tra l'altro, le ricerche⁴⁵⁷ hanno dimostrato che nel nostro ordinamento si è diffusa una cultura della mediazione ad esclusiva ispirazione francese del modello dei due mediatori ispirato dalla Morineau⁴⁵⁸ che, tendenzialmente e a differenza della maggior parte dell'Europa⁴⁵⁹, si svolge in tre/quattro incontri. Ciò determina un aggravio significativo di costi e mezzi impiegati in quanto richiede il doppio di mediatori e per un periodo di tempo più lungo.

Per superare il problema, ancora una volta, si dovrà intervenire sulla formazione dei mediatori e sulla diffusione di modelli non necessariamente ispirati a quello francese ma che siano adeguatamente efficaci per il nostro sistema. Ciò sarà possibile, come visto sopra, solo se parallelamente si diffonderanno adeguati studi e ricerche che permettano di monitorare i risultati in termini di efficienza ed efficacia. Efficienza costi-benefici ed efficacia delle procedure rispetto alle esigenze specifiche del nostro ordinamento, al suo sistema valoriale, al tipo di crimini e criminali che delinquono nel nostro Paese.

Come abbiamo visto, la mediazione minorile è attuata in massima parte nell'ambito della messa alla prova e grazie all'iniziativa dei singoli magistrati. Perché la mediazione trovi nuova linfa occorrerà trovare un punto di incontro per gli operatori del settore e per il sistema legislativo collocando la giustizia ristorativa in un ambito più ampio. *«Ciò gioverebbe alla mediazione perché le restituirebbe l'aspetto di intervento segmentale e*

⁴⁵⁶ MASTROPASQUA I., *Mediazione penale e giustizia minorile*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 157-164.

⁴⁵⁷ Per un approfondimento MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss.

⁴⁵⁸ Per un approfondimento cfr. MORINEAU J., *Lo Spirito della Mediazione*, Milano, Franco Angeli, 2000.

⁴⁵⁹ ed eccettuati i centri di Torino e Milano che di regola esauriscono la procedura in un unico incontro.

di problema; gioverebbe al legislatore per costruire modelli. Servirebbe a problematizzare ma anche a fondare, porre radici e, auspicabilmente, gemmazioni in ogni specifico contesto, a connettere segmenti di intervento, collaborazioni, consensi, a riconoscere e far riconoscere che la mediazione da sola non basta a rispondere a bisogni dei minori entrati nel circuito penale»⁴⁶⁰.

È pertanto anzitutto necessario un chiaro riferimento legislativo che, lasciando l'adeguata flessibilità tipica della procedura, sia nel contempo uno strumento di guida per canalizzare in modo maggiormente uniforme nel territorio nazionale le ipotesi di mediazione penale⁴⁶¹. Ciò si rende quanto mai necessario perché non è concepibile una così evidente disparità di trattamento nel nostro sistema minorile. Sarebbe opportuno privilegiare poche semplici norme che sanciscano una procedura disciplinata in modo seppur scarno, tuttavia utile a superare le problematiche fino ad ora rilevate. In primo luogo, si dovrà prevedere che il magistrato, ogni qualvolta vi sia un reato che giunge alla sua conoscenza, valuti l'opportunità di esperire la mediazione tra il minore deviante e la vittima. Ciò potrà avvenire, nel corso delle indagini per il tramite dell'art. 9 d.p.r. 448/88 e, nel corso del processo, tramite gli artt. 27 e 28 d.p.r. 448/88. In questo modo si accoglierà un'interpretazione più elastica del principio di obbligatorietà dell'azione penale del sistema minorile estendendola alle ipotesi di superfluità del processo. Tale superfluità, come visto, si applicherebbe ai casi in cui la strada del processo non è percorribile in quanto manca un sufficiente quadro probatorio per sostenere l'accusa in giudizio o in riferimento alle ipotesi in cui il processo di responsabilizzazione del minore è tale da non necessitare ulteriori procedimenti/provvedimenti. Questa interpretazione del concetto di superfluità del processo permetterebbe di introdurre ipotesi di mediazione penale già in una fase anticipata ossia durante le indagini

⁴⁶⁰ COPPOLA DE VANNA A., *Le «stagioni» della mediazione*, in "Mediaries", 6/2005, p. 143.

⁴⁶¹ Per un approfondimento cfr. SIMEONI E., *Mediazione penale e giustizia riparativa: prospettive future sul nostro territorio*, in "Mediaries", 2007, fascicolo 10, pp. 83-103.

preliminari, prima dell'inizio del processo. In una prospettiva di riforma, potrebbe dunque introdursi il requisito dell'effettiva utilità del ricorso alla giustizia penale in difetto del quale procedere con una richiesta di archiviazione⁴⁶².

Inoltre, perché il magistrato possa essere messo in condizione di inviare il caso in mediazione deve realizzare un duplice processo di «*conoscenza e presa di coscienza. Il giudice deve acquisire chiara conoscenza del fatto che il processo è uno strumento insufficiente allorquando devono essere risolti conflitti che presentano una componente psicologica emotiva e cognitiva molto complessa e delicata (si pensi ad alcuni conflitti tra coniugi o ai conflitti tra la vittima e l'autore del reato) e che un intervento esterno da parte di un mediatore professionista può condurre a soluzioni condivise, durature e riparatrici della rete di relazioni*»⁴⁶³. Ciò non basta in quanto il giudice deve avere anche fiducia nel mediatore e conoscere adeguatamente come la mediazione opera.

In linea con tali principi e criteri attuativi si pone la proposta di legge n. 1485 del 2 agosto 2001 ad iniziativa dei deputati Valpiana e Pisapia che si poneva l'obiettivo di disciplinare la mediazione per gli imputati minori, mediante un articolato normativo piuttosto dettagliato. L'art. 1, infatti, prevede che «*nel processo penale a carico di minorenni l'autorità giudiziaria, preferibilmente prima di promuovere l'azione penale, può fare ricorso, con il consenso delle parti, alla mediazione giudiziaria, se ritiene che tale misura permetta di ottenere, a seguito dell'incontro tra imputato e persona offesa dal reato, il superamento del conflitto determinatosi tra loro e la conciliazione, conseguendo in tal modo il risultato di porre fine al pregiudizio subito dalla vittima, di eliminare il disordine sociale determinato dalla violazione della legge e di contribuire al recupero dell'autore del reato (comma 1). La mediazione giudiziaria penale è*

⁴⁶² MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

⁴⁶³ CIVININI M. G., *Rapporti tra mediazione e processo*, in "Mediaries", 6/2005, cit. p. 203.

finalizzata a realizzare, altresì, la conciliazione sugli aspetti riparatori e risarcitori conseguenti al reato nei casi più gravi e quando comunque ciò risulti necessario per conseguire la finalità indicata al comma 1 (comma 2)».

La disciplina *de quo* — a ragione — introduce una mediazione da realizzarsi facoltativamente, con il consenso delle parti, ad iniziativa dell'autorità giudiziaria, da svolgersi preferibilmente prima dell'esercizio dell'azione penale e, dunque, nel corso delle indagini preliminari. La mediazione, ai sensi del comma 2, deve essere funzionale al recupero dell'autore del reato e alla soddisfazione della persona offesa nonché, ove necessario, alla riparazione o al risarcimento del danno da attuarsi solamente qualora ciò sia imprescindibile per il raggiungimento delle predette finalità. Tale ultima previsione, a nostro avviso, non deve essere vista con estremo favore in quanto, a ben vedere, rinnega la reale sostanza dell'istituto. Non è, infatti, necessario esplicitare le finalità che le sono connaturali, pena il suo snaturamento e la sua trasformazione in un "nuovo processo", rinnegandone così la reale sostanza dell'istituto. Infatti, *«la mediazione è una tecnica, un metodo, un mestiere, un'arte mentre la riparazione è un principio, un valore o quanto meno, una funzione. I due concetti ci conducono su piani completamente diversi»*⁴⁶⁴. Se si vuole effettivamente realizzare la mediazione occorre tenere distinti i due concetti in quanto la mediazione è uno strumento, un metodo, mentre la ristorazione è un risultato, un esito che si può raggiungere con tali pratiche.

Il progetto di legge continua prevedendo che l'autorità giudiziaria possa avvalersi dell'attività dei servizi sociali ministeriali e territoriali e stabilendo che il Ministero della giustizia ed le Regioni dovranno realizzare appositi corsi per gli operatori dei servizi *«diretti alla sensibilizzazione alle attività preparatorie alla mediazione»* (art. 3 comma 2). *«Il compito attribuito a detti servizi è quello di informare il minore autore del reato e la persona offesa del contenuto e degli scopi della mediazione, acquisirne il consenso,*

⁴⁶⁴ BOUCHARD M., *Vittima, pena, e verità nella mediazione penale*, in "Mediaries", 6/2005, cit. p. 105.

assisterli durante l'attuazione del tentativo di composizione del conflitto e ricevere notizie circa l'esito dello stesso»⁴⁶⁵. Tale previsione è di fondamentale importanza in quanto la buona riuscita della mediazione, come abbiamo visto sopra, presuppone a monte un attento lavoro di preparazione degli incontri da parte del mediatore e scongiura gli eventuali rischi di revittimizzazione. Infatti, solo se le parti sono veramente consapevoli e pronte ad incontrarsi potranno intraprendere il percorso in modo adeguato e senza questo lavoro di preparazione da parte dei mediatori ciò non potrebbe avvenire.

Si prescrive poi che il programma di mediazione sia affidato ad operatori dei servizi sociali ministeriali o territoriali che siano dichiarati idonei dalla commissione per il coordinamento delle attività dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e dei servizi di assistenza degli enti locali, previo parere obbligatorio del Procuratore della Repubblica e del Presidente del tribunale per i minorenni del circondario nel quale il servizio opera. Ovvero all'ufficio per la mediazione, che deve essere istituito obbligatoriamente presso ogni tribunale per i minorenni ed è composto da operatori dei servizi sociali, operatori del privato sociale e da componenti non togati del tribunale per i minorenni. Tale previsione va vista con particolare favore perché permette che di superare uno dei principali ostacoli ad oggi riscontrati per lo sviluppo della mediazione penale, ossia la mancanza di una distribuzione di uffici per la mediazione in tutto il territorio nazionale. La stranezza è che tale proposta di legge è estremamente risalente e, nonostante ciò, non sia ancora stata introdotta una previsione analoga.

Ancora poi, nel progetto citato si prevede che il soggetto che assume la funzione di mediatore deve essere indipendente ed imparziale, analogamente alle prescrizioni vigenti in ambito internazionale; egli poi è vincolato al rispetto della segretezza cui fa da contraltare l'obbligo di non divulgare le informazioni apprese durante lo svolgimento degli incontri.

⁴⁶⁵ VASSALLO A., *Primi passi verso una disciplina legislativa della mediazione*, in "Cassazione Penale", fasc.3, 2006, pag. 1129B.

Egli, infatti, deve comunicare alle autorità competenti solo l'esito degli incontri. *«Quest'ultima disposizione ha particolare rilievo dal momento che consente non solo di porre una netta linea di demarcazione tra il ruolo del giudice e quello del mediatore, ma anche di superare il problema dell'eventuale diminuzione della neutralità strettamente connaturata a tale ultima figura in conseguenza della sua appartenenza ad istituzioni legate al sistema penale: attraverso il filtro dei servizi ministeriali o territoriali, ai quali debbono essere fatte le comunicazioni di cui sopra, si evita ogni contatto tra il mediatore e l'autorità giudiziaria»*⁴⁶⁶.

Il progetto stabilisce poi, che in caso di esito positivo della mediazione, il Pubblico Ministero possa chiedere una pronuncia per irrilevanza del fatto (ex art. 27 d.p.r. 448/88), salvo che, per i reati più gravi, il giudice disponga la sospensione del processo con messa alla prova, qualora necessiti di ulteriori indagini sulla personalità del minore.

Tale proposta presenta il pregio di consentire il ricorso alla mediazione in una fase estremamente iniziale del processo, ossia già nel corso delle indagini preliminari.

*«In una prospettiva de iure condendo, appare peraltro opportuno osservare come in dottrina si sia autorevolmente evidenziato che le condizioni sulle quali si fonda la sentenza ex art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 ben potrebbero costituire i presupposti di uno specifico motivo di archiviazione, consentendo non solo una migliore salvaguardia delle esigenze di economia processuale, ma anche e soprattutto l'adozione di una soluzione maggiormente conforme all'esigenza di limitare al minimo l'intervento giurisdizionale nei confronti di indagati minorenni»*⁴⁶⁷.

Tale proposta presenta il giusto compromesso tra le prescrizioni imposte in ambito internazionale, che abbiamo analizzato in precedenza, con la sostanza della mediazione. In particolare, va visto con estremo favore

⁴⁶⁶ VASSALLO A., *Primi passi verso una disciplina legislativa della mediazione*, cit. p. 1131.

⁴⁶⁷ VASSALLO A., *Primi passi verso una disciplina legislativa della mediazione*, cit. p. 1132.

l'esperibilità della stessa fin dalla fase delle indagini preliminari che può giungere addirittura ad una pronuncia di archiviazione se gli incontri hanno esito positivo. Il tutto anche per reati particolarmente gravi.

Successivamente, è stata presentata la proposta n. 2705 del 6 maggio 2002 che prevede l'inserimento del comma 2-*bis* all'art. 9 d.p.r. 488/88, nel quale si stabilisce che: *«il pubblico ministero o il giudice, in qualunque stato e grado del procedimento, d'ufficio o su richiesta dell'indagato, dell'imputato, dell'esercente la potestà dei genitori, della parte lesa o dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, dispongono che si proceda all'attività di mediazione»* (art. 1).

Analogamente alla proposta precedentemente analizzata anche tale testo attribuisce all'autorità giudiziaria la facoltà di ricorrere alla mediazione durante le indagini preliminari, *«ma, diversamente dalla precedente, il tenore letterale dell'art. 1 sembra indurre a ritenere che il consenso dei due attori principali abbia un ruolo secondario, atteso che, si dispone, l'attività di mediazione può essere attuata non solo su richiesta dell'autore del reato e della persona offesa, ma anche d'ufficio e su istanza dei servizi minorili o del genitore esercente la potestà»*⁴⁶⁸. Si ritiene tuttavia che tale interpretazione non sia percorribile in quanto, anche — e anzi a maggior ragione — quando si ricorre a strumenti di diversione processuale, si devono rispettare in modo estremamente pregnante le garanzie costituzionali del giusto processo.

Pertanto, l'unica opzione ermeneutica percorribile sarebbe quella di ritenere che, qualora l'autorità giudiziaria ritenga di procedere ai sensi dell'art. 9 d.r.p. 488/88, debba comunque ottenere il consenso di entrambe le parti. *«Si tratterebbe evidentemente di un'interpretazione completamente slegata dal dato letterale, ma che permetterebbe di salvare la proposta di legge e potrebbe trovare un supporto nell'art. 5, ove si stabilisce che il progetto di intervento e mediazione elaborato dai servizi sociali territoriali in conseguenza della messa alla prova dell'imputato deve prevedere, tra*

⁴⁶⁸ VASSALLO A., *Primi passi verso una disciplina legislativa della mediazione*, in "Cassazione Penale", fasc.3, 2006, pag. 1135.

l'altro, le modalità di coinvolgimento del minore e della vittima, le quali ben potrebbero avere riguardo anche all'acquisizione del consenso. D'altra parte, nessun aiuto proviene dalla relazione al progetto di legge che non contiene alcuna indicazione in merito al tenore da attribuire alla previsione di cui all'art. 1»⁴⁶⁹.

La mediazione, poi, sarebbe realizzata dai servizi minorili o da operatori specializzati. Una volta esperiti gli incontri, il mediatore non dovrebbe riferire all'autorità giudiziaria solo del suo esito, ma anche delle «*modalità dell'avvenuta esecuzione dell'azione conciliativa o riparatoria ovvero [del]le ragioni dell'insuccesso dell'iniziativa o della mancata esecuzione dell'attività concordata*» (art. 6 comma 2).

Anche tale previsione si pone in contrasto con le prescrizioni internazionali che presuppongono di rispettare un assoluto riserbo sul contenuto degli incontri, anche perché se si accogliesse tale previsione, si potrebbe pregiudicare irrimediabilmente l'esito del giudizio che invece dovrebbe essere assolutamente salvaguardato. Come abbiamo visto nella parte precedente della trattazione, infatti, si devono rispettare tutte le garanzie costituzionali del giusto processo, nonché il *nemo tenetur se detegere*. È evidente, dunque, che una previsione che contenga in sé il gravissimo rischio che un infelice esito degli incontri possa essere un elemento di pregiudizio per l'esito del processo va vista con estremo sfavore. Infatti, la stessa potrebbe indurre i rei a non partecipare agli incontri, per paura di un infelice epilogo della stessa, con ciò determinando rischi di discriminazione e pregiudicando in radice la possibilità piena della mediazione. La previsione dunque, a nostro avviso, non è particolarmente felice e fa certamente un passo indietro rispetto alla precedente proposta di legge.

«Per quel che riguarda gli effetti del tentativo di mediazione conclusosi positivamente, si statuisce che il pubblico ministero possa formulare richiesta di emissione della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, salvo che non debba essere adottata una diversa

⁴⁶⁹ VASSALLO A., *Primi passi verso una disciplina legislativa della mediazione*, in "Cassazione Penale", fasc.3, 2006, pag. 1135.

formula di proscioglimento in conseguenza dall'intervenuta remissione della querela o per altro motivo»⁴⁷⁰.

Anche in questo caso si assiste ad un arretramento rispetto alla proposta precedente in quanto, l'esigenza di salvaguardare un'obbligatorietà formale a tutti i costi, ha portato alla soluzione di non configurare l'esito della mediazione quale causa di non procedibilità. Ciò a ben vedere è un ostacolo di mero ordine formale perché, nell'ordinamento sono pacificamente ammesse altre condizioni di non procedibilità che consentono di chiudere il procedimento senza porsi alcun dubbio circa il rispetto dei principi di obbligatorietà.

Infine, la proposta di legge prevede, analogamente al progetto n. 1485, che la messa alla prova possa essere disposta quando il giudice «*ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova e del tentativo di mediazione*» (art. 3 comma 1), affidando l'imputato ai servizi minorili per lo svolgimento delle attività di mediazione, di trattamento e di osservazione.

Tali progetti analizzati, si pongono in linea con l'attuale stato dell'arte in quanto, come detto in apertura, il sistema minorile già consente adeguatamente di inserire ipotesi di mediazione che siano perfetta attuazione delle potenzialità espansive di tale istituto.

La previsione di una modifica legislativa che codifichi espressamente la mediazione penale, costituisce un presupposto imprescindibile per superare alcune delle problematiche evidenziate.

Si dovrà tuttavia accompagnare alla previsione formale anche una modifica sostanziale, affinché tali disposizioni non rimangano, come accade per gli imputati adulti, lettera morta. Per far ciò sarà necessaria l'instaurazione di centri di mediazione presso tutti i circondari di tribunali (che potrebbero operare anche per gli imputati maggiorenni) con operatori che tuttavia siano estranei di formazione e di estrazione alla giustizia tradizionale. Anche la collocazione di tali centri dovrà essere dislocata fuori dai tribunali per evitare la commistione con le aule di giustizia. Ciò, come abbiamo visto

⁴⁷⁰ VASSALLO A., *Primi passi verso una disciplina legislativa della mediazione*, in "Cassazione Penale", fasc.3, 2006, pag. 1136.

sopra, per evitare che vittime ed autori dei reati confondano queste procedure con una sorta di doppio processo.

Infine, la riforma dovrà essere necessariamente accompagnata ad una progressiva diffusione della cultura della mediazione (così come prescritto dalle linee guida europee) al fine di implementare davvero la sostanza di tali istituti. Come abbiamo visto sopra, infatti, uno dei motivi principali alla scarsa diffusione della mediazione è dovuta alla resilienza al cambiamento, nonché una modesta conoscenza del sistema valoriale ad esse sotteso⁴⁷¹. Per ottenere, dunque, una reale e significativa espansione della mediazione è necessario prima di tutto incidere sulla radice e dunque sulla conoscenza delle stesse.

Quanto alla procedura, va vista con favore la soluzione proposta nel primo progetto di legge esaminato. Si dovrà inserire la mediazione quale causa di archiviazione, ovvero tra le condizioni di procedibilità, qualora sia esperita positivamente nel corso delle indagini e non sia necessario procedere con l'esercizio dell'azione penale⁴⁷². Diversamente, si procederà nell'ambito della messa alla prova.

3. Per gli imputati adulti

Per gli imputati adulti le problematiche da affrontare perché si possa pensare di introdurre ipotesi concrete di mediazione penale sono molto maggiori e si scontrano altresì con una mentalità molto più chiusa e meno disposta al cambiamento rispetto a quanto accade per i minorenni. Ciò

⁴⁷¹ Le ricerche hanno dimostrato che tra gli operatori si assiste alla confusione tra ristorazione e risarcimento del danno alla comunità, dimostrando così di aver trasferito la precedente idea statocentrica alla giustizia restaurativa. Finché, dunque, non vi sarà una reale riconsiderazione della vittima e dei suoi bisogni non si potrà pervenire ad una efficace introduzione della mediazione e della *restorative justice* nel nostro ordinamento. Per un approfondimento cfr. MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss.

⁴⁷² Le ipotesi precipue dovrebbero essere quantomeno ipotizzate per linee generali per evitare un'eccessiva discrezionalità in capo alle Procure. In particolare, si potrebbe pronunciare un'archiviazione (richiesta dal PM ma convalidata dal Giudice per le indagini preliminari) in caso di esito positivo della mediazione perché venuta meno la offensività del fatto per i reati puniti con pena edittale fino a cinque anni ovvero una richiesta di pronuncia per tenuità del fatto.

anche in considerazione del fatto che, come visto, a differenza di quanto accade per i minori, i testi normativi già analizzati per i maggiori di età prevedono ipotesi esplicite di mediazione penale. Il principale problema, dunque, che si accompagna alla inidoneità di tali previsioni di addivenire a serie ipotesi di mediazione, concerne l'inefficacia ed ineffettività di tali disposizioni normative. È evidente che il motivo di tale infelice situazione sia da attribuirsi principalmente al fatto che le previsioni normative che attualmente si riferiscono alla mediazione, a ben vedere, sono un contenitore vuoto in quanto non prendono in reale considerazione l'istituto, ma si limitano ad affermarlo senza reali richiami applicativi. Invero, l'affermazione di principio è pure di scarsa utilità poiché ne limita eccessivamente l'esperibilità ad ipotesi prive di reale efficacia.

3.1. Modifiche rispetto agli istituti esistenti: il giudizio davanti al giudice di pace

Nel procedimento avanti al giudice di pace, come abbiamo analizzato sopra, siamo ben lontani dal prevedere ipotesi serie di mediazione penale in quanto, ciò che si realizza in quella sede, è definibile più propriamente quale conciliazione tra le parti, come tra l'altro, *expressis verbis* richiama il testo normativo. Per tale motivo tale previsione non può essere qui considerata come punto di riferimento dal quale partire.

Come notato, il giudizio davanti al giudice di pace è l'unico in cui le parti hanno effettivamente un ruolo attivo⁴⁷³ e, ancorché, si tratti di reati bagatellari, a ben vedere, questi potrebbero essere espressione di una conflittualità diffusa ed intrinsecamente pericolosa che potrebbe trascendere il mero episodio oggetto di accertamento per trasformarsi in epiloghi con esiti molto più gravi⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Per un approfondimento cfr. CARUSO A., *Mediazione penale e riforme legislative*, in "Mediares", 6/2005, pp. 47-54.

⁴⁷⁴ Per un approfondimento cfr. LONGO G., *La mediazione penale dei giudici di pace: problemi, prime esperienze e prospettive*, in "Mediares", 6/2005, pp. 70-79.

A nostro avviso, seppure per il cittadino esperire la mediazione avanti ad un giudice — e a fronte di un giudizio — che dovrebbe essere di "prossimità" si rivela tendenzialmente una scelta positiva — anche se non altro per la semplice ma dirimente circostanza per cui tale pratica va il quanto più possibile incentivata in ogni fase del procedimento —, tuttavia, come abbiamo visto, essa è più efficace nell'ipotesi di offese più significative. Pertanto, non si può pensare che il punto nevralgico della mediazione per l'Ordinamento italiano possa riferirsi alle ipotesi praticate avanti al giudice di pace.

«Il ricorso al paradigma conciliativo nell'elaborazione dei conflitti nascenti da comportamenti criminosi rende indispensabile un chiarimento sul legame funzionale intercorrente tra riparazione e mediazione; quest'ultima è un percorso relazionale, propedeutico all'individuazione di una soluzione al conflitto generato dal reato e all'eventuale definizione dell'attività riparativa. Attività che non è ontologicamente coesistente al concetto di mediazione: la riparazione ne rappresenta solo un obiettivo intermedio, a sua volta strumentale all'obiettivo finale della conciliazione»⁴⁷⁵.

Ancora il richiamo solo eventuale ai centri di mediazione esistenti dovrà quanto prima essere riformato e ridisegnato da parte del legislatore; infatti, il ricorso al mediatore consente di caratterizzare la mediazione come tale e, solo tramite il suo ausilio, è possibile raggiungere i risultati ed i benefici che sono apprezzabili con tale istituto. Tra l'altro, occorrerà quanto prima superare la sostanziale coincidenza tra il giudice ed il conciliatore in questo tipo di procedimenti⁴⁷⁶. Ciò per evitare questo rischio di commistione cui si assiste nell'ambito del procedimento davanti al giudice di pace. Esiste infatti *«la preoccupazione che l'incolpato e l'offeso del reato vedano il tentativo di mediazione come un fatto rituale o pericoloso per la propria posizione processuale»*⁴⁷⁷. Le parti devono essere assolutamente lasciate libere di

⁴⁷⁵ PATANE' V., *La tutela della vittima nel processo di mediazione*, in "Giurisprudenza Italiana", 2012, 2, p. 10.

⁴⁷⁶ Lo definisco conciliatore perché, anche se la normativa dovrebbe richiamare la mediazione, come abbiamo visto sopra si tratta, a ben vedere, di una vera e propria conciliazione tra le parti ben lontana dalla natura e dalla sostanza appunto della mediazione.

⁴⁷⁷ LONGO G., *La mediazione penale dei giudici di pace: problemi, prime esperienze e prospettive*, in "Mediaries", 6/2005, cit. p. 71.

potersi incontrare senza preoccupazioni di sorta circa il possibile riflesso di tali incontri sull'esito del procedimento.

Nel 2003, di 71.000 giudizi avanti al giudice di pace, il 30% si è concluso con una conciliazione e con la conseguente remissione di querela⁴⁷⁸. Tale dato dimostra il favore con cui le parti cercano di ricomporre il conflitto che le ha viste contrapposte a causa del reato. Ciò deve indurre quanto prima il legislatore ad intervenire sugli istituti esistenti per volgerli a favore di una reale innovazione, sfruttando i risultati degli studi che fino ad oggi hanno dimostrato l'efficacia di tali pratiche.

In conclusione, riteniamo che, con i limiti di cui si è detto, anche la giustizia avanti al giudice di pace possa costituire un buon banco di prova per implementare lo sviluppo della giustizia ristorativa e della mediazione penale. Solo a patto, tuttavia, che si intervenga quanto prima a separare il ruolo del giudice da quello del mediatore e che l'ausilio dei centri di mediazione diventi d'obbligo per esperire tali pratiche. La istituzione, dunque, di tali centri su tutto il territorio nazionale deve essere quanto prima assicurata al fine di consentire il giusto posto a tali pratiche. Inoltre, *«l'apertura alla riparazione non deve in alcun modo sottintendere una ri-privatizzazione della giustizia penale: né subordinando il giudizio sulla riparazione all'entità in sé del ristoro portato ai beni che abbiano patito offesa, posto che il valore della riparazione va riferito, piuttosto, al significato che essa sia in grado di assumere in senso relazionale (verso la vittima e verso l'intera società); né, tantomeno, attribuendo alla vittima ambiti valutativi circa l'adeguatezza della riparazione o circa la concessione o meno di determinate misure (come in certa misura accade all'art. 35, D.Lgs. n. 274/2000)»*⁴⁷⁹.

La giustizia di prossimità che coinvolge le attribuzioni del giudice penale può essere vista come contraltare delle *restorative caution* che sono previste

⁴⁷⁸ Per un approfondimento cfr. LONGO G., *La mediazione penale dei giudici di pace: problemi, prime esperienze e prospettive*, in "Mediares", 6/2005, pp. 72 e ss.

⁴⁷⁹ EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in "Diritto penale e processo", 2015, 11, 1342.

negli ordinamenti di *common law*. Certo che, a differenza di quanto accade nelle ipotesi citate in cui è la polizia a provvedere direttamente senza l'intervento dell'apparato giudiziario, nel nostro sistema si sconta il limite di non poter evitare *tout court* il contatto con un organo pubblico — pubblico ministero o magistrato, togato o non — che funga da garante sul corretto espletamento della procedura. Ciò a causa dei rigidi binari costituzionali che delimitano la strada entro la quale occorre muoversi. Tuttavia, questo non significa che possa definirsi precluso qualsiasi intervento in direzione della praticabilità di forme di giustizia ristorativa per così dire "pure", ossia con i caratteri delineati del corso della presente trattazione, che seppur rispettando i canoni del nostro sistema, non rinneghino la sostanza dell'istituto.

3.2. (segue): *la messa alla prova*

In relazione alla scarna previsione contenuta nella disciplina della messa alla prova, invece, come abbiamo cercato di dimostrare, il legislatore poteva fare molto di più ed invece si è limitato ad una mera affermazione di principio. Infatti, a fronte di una apparente consacrazione di forme di giustizia ristorativa, l'istituto deve essere visto piuttosto come *«il frutto di un patto tra giudice e imputato, senza che la persona offesa abbia altre facoltà oltre a quella di essere sentita, accettare o rifiutare l'esperimento di un percorso di mediazione e chiedere al pubblico ministero di impugnare l'ordinanza di sospensione. La vittima, in fin dei conti, continua a essere un soggetto marginale che si ha tutt'al più il dovere di tutelare: insomma, la «rivoluzione copernicana» pur annunciata da parte della dottrina sembra ancora di là da venire»*⁴⁸⁰.

Occorre dunque ripensare seriamente alle forme di giustizia riparativa esistenti nonché ipotizzare nuove soluzioni che siano rispondenti alla

⁴⁸⁰ BARTOLI L., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in "Cassazione penale", fasc.5, 2015, pag. 1755B.

sostanza della mediazione penale, per evitare che le scelte siano mere vuote formule di stile prive di un reale contenuto.

Anzitutto, il legislatore poteva veramente sfruttare i risultati e le conoscenze ottenute in ambito minorile per applicarli agli imputati adulti. Così quanto di buono raggiunto per i minori, soprattutto in realtà di forte sviluppo di pratiche di mediazione penale come Bari e Torino, avrebbe potuto portare ad una reale implementazione della giustizia restaurativa anche per gli imputati adulti.

A nostro avviso, in primo luogo, è stato un errore limitare la praticabilità della messa alla prova alla cornice edittale della pena massima di quattro anni. Ciò perché, come visto, la mediazione è più efficace nell'ipotesi delle offese più significative. La scelta paga lo scotto di essere inserita all'interno di un istituto che comporta la definizione anticipata del giudizio con conseguente estinzione del reato e che dunque non sarebbe accoglibile né praticabile estendere a tutte le offese. A ben vedere, sarebbe auspicabile permettere la fuoriuscita dal processo, con le stigmatizzazioni che lo stesso comporta, anche per reati particolarmente significativi, e dunque ben oltre la cornice edittale delineata dalla norma *de qua*, qualora il caso specifico lo permettesse. È per questo che sarebbe stato importante fondare la scelta dell'*an* della messa alla prova più su criteri soggettivi che di natura oggettiva analogamente a quanto accade per i minori.

Ancora, come già ampiamente detto, un grosso limite della attuale disciplina della mediazione concerne la mancata parallela creazione e disciplina dei centri di mediazione che dovrebbero realizzare gli incontri né di qualunque altro aspetto tecnico ad essa conseguente. Tale anomalia si spiega solo con la banale considerazione per cui la mediazione è stata inserita in questo articolato normativo senza realmente considerare la volontà di disciplinarla ed implementarla. L'impressione è che sia venuto naturale accoppiarla alle attività di ristorazione e riparazione senza effettivamente considerare le implicazioni di tale scelta. Invero se non la si accompagna ad un organico — ancorché flessibile — articolato normativo, non si avrà mai la possibilità di un'efficace espansione della mediazione e

dei suoi benefici e la sua previsione continuerà a rimanere una scatola vuota. Ciò anche in considerazione del difficile contesto culturale in cui dovrebbe venire ad operare.

De iure condendo, dunque, il legislatore dovrebbe modificare, come detto, la cornice edittale della disciplina sulla messa alla prova ed accompagnarla ad una riforma organica delle forme di giustizia ristorativa ivi previste, anche perché come visto per i minori di età, è proprio nel contesto di tale istituto che si sviluppano — verosimilmente si svilupperanno — le maggiori ipotesi di mediazione penale. Dunque, occorrerà a nostro avviso prestare attenzione agli aspetti più propriamente soggettivistici della persona che accede alla messa alla prova, analizzando la sua volontà di ristorare il reato commesso, nonché di impegnarsi in un percorso di riparazione e di crescita per non ricadere nel crimine. È per tali motivi che va vista con estremo favore l'aver accompagnato la messa alla prova ai lavori di pubblica utilità. Ciò anche in relazione ad un'analisi più globale dell'istituto che sia più vicino ad una disciplina organica della mediazione. Quest'ultima, infatti, si conclude frequentemente con la prestazione di attività non retribuite a favore della vittima o della comunità. L'aver già previsto, dunque, come obbligatorio il lavoro di pubblica utilità permetterà di includere le attività richieste dalla vittima all'interno del programma di trattamento con minore difficoltà. Tuttavia, la disciplina integrale dovrebbe essere ripensata in funzione della mediazione e non viceversa, permettendo l'adeguata flessibilità richiesta dall'istituto *de quo*, in uno con la necessità di una sua regolamentazione per rispettare i canoni costituzionali. Dunque, si dovrà prevedere espressamente che l'UEPE⁴⁸¹ dovrà, non solo predisporre il

⁴⁸¹ Interessante notare come l'UEPE di Pescara, Teramo e Chieti abbia realizzato un progetto "lavori di pubblica utilità" che si è posto tra i suoi obiettivi specifici quello di accompagnare i rei in un percorso di analisi sull'impatto del reato nella comunità e della sua critica come evento, di realizzare percorsi trattamentali individualizzanti, nonché diffondere informazioni circa i risultati raggiunti per una loro implementazione (per un approfondimento cfr. DI BERNARDO T., *La giustizia riparativa e il ruolo dell'Ufficio Esecuzione Penale Esterna*, in "Mediaries", 10/2007 pp. 191-197). Tale esempio è estremamente utile per chiarire quale potrebbe essere l'impatto e l'estensione della ruolo dell'UEPE nell'immediato futuro anche e soprattutto in vista del percorso che dovrebbe accompagnare i rei nel corso della mediazione penale.

programma di trattamento, ma accompagnare il reo nel percorso di messa alla prova informandolo della possibilità di incontrare la "sua" vittima, di cos'è la mediazione e di come funziona. Analogo percorso dovrà essere intrapreso con la persona offesa, in modo da permetterle di valutare in modo consapevole l'opportunità di un incontro con l'autore del reato.

All'UEPE, a nostro avviso, sarà unicamente demandato un compito di iniziale invio e di supervisione del deviante, senza che sia lo stesso ufficio di esecuzione penale esterna a praticare gli incontri. Ciò per evitare la pericolosa commistione tra la giustizia e la mediazione⁴⁸² che potrebbe pregiudicare l'esito della procedura e anche la possibilità di una serena scelta di ricorrere o meno alla mediazione. Come già sostenuto sopra, sarebbe opportuno che i centri di mediazione fossero enti territoriali oppure potrebbero essere inclusi tra le varie agenzie pubbliche dislocati fuori dai Tribunali.

Infine, si dovrà modificare l'articolato normativo in modo da inserirvi la possibilità per il magistrato di valutare l'esito della mediazione permettendo così che i risultati ivi raggiunti abbiano un seguito. Ciò solo in caso di esito positivo delle pratiche come previsto dai documenti internazionali⁴⁸³.

In conclusione, la vera riforma dell'istituto imporrà di rimodularne quanto prima la sua sostanza profonda nella parte in cui la vittima assume un ruolo, a ben vedere, di mero contorno quando dovrà, invece, diventare il perno dell'intera procedura. Diversamente, non esisterà mai alcuna forma di giustizia ristorativa nel nostro Ordinamento.

⁴⁸² Per un approfondimento cfr. CERETTI A., MAZZUCCATO C., *Giustizia Riparativa e Mediazione tra Consiglio d'Europa e Onu*, in "Diritto Penale e Processo", 2001, fasc. 6, pp. 772 e ss.

⁴⁸³ cfr. parte II, cap. 2 di questa trattazione.

3.3. (segue): la fase esecutiva

Nel contesto della fase esecutiva, a parte l'isolato caso del Tribunale di Sorveglianza di Venezia, come abbiamo visto, attività ristorative a favore della vittima sono a ben vedere una lettera morta⁴⁸⁴.

«Le misure alternative hanno salvato il sistema sanzionatorio penale. Sia perché hanno reso gestibile un sistema carcerocentrico circa la comminazione e l'inflizione delle pene che in fase esecutiva non avrebbe potuto sopportare il dilatarsi delle condanne penali realizzati negli scorsi decenni [...]. Sia perché le medesime misure hanno consentito al sistema penale di mantenere la sua natura retributiva (le condanne inflitte restano pensate come un corrispettivo che vorrebbe segnalare, attraverso il tempo della detenzione, la gravità del fatto colpevole), fingendo una propria attitudine a rieducare - secondo il dettato costituzionale - nella fase dell'esecuzione»⁴⁸⁵.

Il disegno di legge n. 2067 in discussione al Senato e già approvato dalla Camera di riforma del sistema penitenziario prevede la prestazione di «attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative» (art. 31, comma 1, lett. f).

«Ciò, tuttavia, richiede qualche precisazione circa il ruolo proprio della giustizia riparativa in ambito penale, ruolo che va ricondotto, come già si diceva, all'orizzonte di quella che abbiamo identificato come prevenzione generale reintegratrice, di cui anzi rappresenta, forse, lo strumento più significativo. Ne deriva che la riparazione successiva a un illecito penale assume un significato di rilievo essenzialmente pubblico, in quanto idonea a favorire — con particolare credibilità avendo per destinatario chi è stato vittima, in concreto, del reato — la responsabilizzazione del soggetto agente verso i beni giuridici aggrediti e, in tal modo, la riaffermazione dell'esigenza di rispetto dei precetti penali»⁴⁸⁶.

Tale aspetto, già più volte sottolineato, è il vero nodo gordiano di qualsiasi riforma che possa essere attuata nel nostro ordinamento. Ciò, come già visto più volte sopra, dipende dalla concezione statocentrica dell'illecito penale che influenza anche gli istituti di giustizia ristorativa in questa direzione

⁴⁸⁴ Per un'analisi dei dati cfr. TRISI F., *Giustizia riparativa ed esecuzione penale: l'applicabilità in ambito penitenziario*, in "Mediases", 2007, fascicolo 10, pp. 159-169.

⁴⁸⁵ EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in "Diritto penale e processo", 2015, 11, 1333.

⁴⁸⁶ EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in "Diritto penale e processo", 2015, 11, 1333.

negativa, impedendone il reale sviluppo. Finché, infatti, la vittima non verrà vista come il centro dell'intera procedura assieme al reo, nessuna riforma potrà veramente trovare reale applicazione nel nostro Ordinamento. Né tanto meno se ne potranno realizzare le finalità e gli scopi profondi.

In altre parole, finché verranno utilizzati i criteri e le categorie dogmatiche tradizionali, e, dunque, fintanto che la riparazione dovrà necessariamente attuare una finalità di riconciliazione in una funzione rieducativa che non le è propria, la giustizia riparativa non potrà trovare un reale sviluppo. Infatti,

«la riparazione, e al massimo livello la mediazione penale, sono molto importanti per la vittima, ma non nel senso di trasformarla in una parte processuale ai fini delle conseguenze penali. Ben diversamente, lo sono in quanto possono offrire una risposta al bisogno della vittima stessa di vedere riconosciuta, in maniera particolarmente credibile perché tale da realizzarsi attraverso l'agire stesso dell'offensore, l'ingiustizia di una certa condotta. Così che da un atto riparativo la vittima può trarre quel senso di una pur relativa pacificazione che i provvedimenti ritorsivi non possono offrirle, posto che essi, anzi, rischiano di ulteriormente di vittimizzarla: esacerbandola nel rancore e lasciandole la percezione che il reato, oltre che procurarle sofferenza, l'ha resa per così dire peggiore, inducendola a desiderare il male di un altro individuo»⁴⁸⁷.

Ciò impone di ripensare alle categorie tradizionali secondo una veste nuova. Non si potrà più richiamare la dogmatica, ma si dovranno semplicemente esplorare le nuove maglie della giustizia ristorativa senza che vi possa trovare spazio il finalismo della pena né tanto meno l'idea che l'offesa perpetrata con il reato leda in primo luogo lo Stato. Infatti, *«la valorizzazione politico-criminale della condotta riparativa si è collocata entro la logica della prevenzione tipica del diritto penale facendo assurgere alla riparazione il ruolo di strumento per il perseguimento delle funzioni tipiche del diritto penale. Al centro della dinamica riparativa tuttavia c'è il giudice e non le parti in conflitto, il binario in cui si iscrive è quello del processo. Per questo motivo la riparazione viene criticata, in quanto vista in funzione di dissuasione ammonimento che costituiscono invece i caratteri*

⁴⁸⁷ EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in "Diritto penale e processo", 2015, 11, 1334.

della pena»⁴⁸⁸. In questo modo, la giustizia ristorativa sarebbe praticabile anche ove mancasse una vittima e «potrebbe tradursi in un percorso autocoscienziale volto ad indurre il reo a prendere consapevolezza del disvalore di quanto compiuto e, eventualmente, ad impegnarsi a prestare attività non retribuita in favore della comunità, in qualche modo connessa al bene giuridico presidiato dalla norma penale violata»⁴⁸⁹.

La fase esecutiva, essendo superato il problema circa l'accertamento della penale responsabilità del reo, diventa così terreno fertile per l'espletamento delle pratiche ristorative che dovrebbero essere quanto più possibile incoraggiate *«quale occasione per ricucire la frattura provocata dal reato, rinsaldare il "patto di cittadinanza", aumentare il senso di benessere dei cittadini, abbassare la recidiva e più in generale la conflittualità diffusa, e, nel contempo, favorire una rieducazione responsabile del soggetto destinatario di una condanna penale, in vista della sua piena reintegrazione nel tessuto sociale»⁴⁹⁰. E' per questo motivo che tali pratiche dovrebbero essere il più possibile valorizzate in questa sede. Infatti, è proprio nel contesto della fase esecutiva che il reo può cogliere l'occasione per riflettere ed il percorso di incontro con la vittima potrebbe rivelarsi particolarmente proficuo. Ciò sia in vista della concessione di una misura alternativa, sia proprio nel contesto dell'esecuzione intramuraria. Così, ad esempio, nell'ipotesi in cui venga concesso il regime di semilibertà disciplinato dall'articolo 48 della legge sull'Ordinamento Penitenziario, lo svolgimento delle pratiche ristorative andrebbe a svolgere un ruolo quasi determinante. Infatti, tale regime consente al reo di trascorrere parte della giornata al di fuori dell'istituto di pena al fine di svolgere attività utili al reinserimento sociale. Tra queste rientra sicuramente anche la mediazione. Immaginiamo quali potrebbero essere gli effetti benefici che si potrebbero ottenere sul reo se costui, durante il periodo in cui si trova all'aperto,*

⁴⁸⁸ GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale in "Critica del diritto, 2007, p. 35.*

⁴⁸⁹ EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?, cit. 1335.*

⁴⁹⁰ EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?, cit. 1335.*

incontrasse la vittima e svolgesse le pratiche rientranti nella giustizia ristorativa. In particolare, una volta conclusa efficacemente la conferenza, si potrebbe utilizzare il resto del tempo in cui il reo si trova all'esterno dell'istituto carcerario per svolgere le attività oggetto dell'accordo di ristorazione, completando perfettamente il percorso di rieducazione.

Lo svolgimento positivo di attività di riparazione potrebbe essere anche utilizzato come parametro per la concessione della liberazione anticipata.

L'ultima ipotesi di mediazione potrebbe essere quella che viene svolta dopo la conclusione del periodo di detenzione, prima della liberazione del reo, al fine di prepararlo perfettamente per il suo reinserimento in società.

Ebbene, in tutte queste ipotesi, la mediazione penale potrebbe fornire un nuovo spunto di sviluppo della sanzione detentiva in favore del recupero del reo, senza i limiti costituzionali che invece pongono più problemi durante la pendenza del processo. Sorprende dunque che la pronuncia del Tribunale di Sorveglianza di Venezia sia rimasta del tutto isolata nel panorama della Magistratura esecutiva, con ciò imponendosi una nuova riflessione in ordine al contesto culturale di riferimento che è il principale ostacolo allo sviluppo di tali pratiche. Finché, infatti, gli operatori non verranno formati adeguatamente e non si implementeranno forme di dialogo condivise anche con i cittadini, la mediazione non potrà mai svilupparsi adeguatamente.

3.4. (segue): nuove prospettive di sviluppo

Anzitutto, il primo dato dal quale partire è quello per cui la mediazione dovrebbe essere esperita in ogni fase del procedimento⁴⁹¹. Una riforma organica del sistema dovrebbe consentire la massima portata applicativa dell'istituto perché diventi praticabile dall'apertura delle indagini fino alla chiusura del procedimento e, come visto, anche in fase esecutiva. Invero,

⁴⁹¹ SAVONA E. U., *Alla ricerca di un modello ottimale di mediazione penale*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 164-179.

perché ciò sia realmente possibile sarebbe altresì necessario riformare profondamente anche il sistema sanzionatorio⁴⁹².

La giustizia ristorativa dovrebbe, dunque, come si diceva, poter essere esperita già nel corso delle indagini. Tale soluzione, per essere rispondente alla nostra costituzione — e come visto ciò è possibile — deve implicare la previsione di modalità tipizzate di chiusura anticipata del processo. Ciò potrà avvenire o mediante la codificazione di una nuova causa di non punibilità per intervenuta mediazione, ovvero mediante la previsione di una nuova ipotesi di archiviazione condizionata a condotte riparative/mediatorie. Ancora, anche il nuovo istituto della non punibilità per tenuità del fatto ex art. 131 *bis* c.p. potrebbe essere utilizzato per ricomprendere le ipotesi di mediazione esperite nel corso delle indagini: il fatto è tenue perché, per via delle condotte riparatorie poste in essere, non offende più alcun bene giuridico in quanto viene meno l'offensività in concreto del fatto. Tra l'altro, è proprio per il tramite di tale istituto che, come visto, sia in ambito minorile che per i procedimenti avanti al giudice di pace, si realizza la mediazione con buoni risultati.

Ma procediamo con ordine.

Va anzitutto chiarito che, verosimilmente, quando la mediazione avrà una maggiore diffusione, perché finalmente si sarà accolta una vera cultura ristorativa, il luogo di elezione privilegiato di praticabilità di tale istituto sarà sempre nel contesto della messa alla prova. Ciò purché le norme che la disciplinano siano debitamente modificate nell'ottica sopra delineata.

La prima soluzione percorribile, in un'ottica di riforma, sarebbe quella di includere la mediazione con esito positivo e le pratiche ristorative tra le cause di non punibilità. In tal modo si eviterebbe qualunque forma di discrezionalità in capo alla pubblica accusa, che sarebbe così costretta a dichiarare l'estinzione del reato laddove la procedura avesse un esito

⁴⁹² Per un approfondimento cfr. EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in "Diritto penale e processo", 2015, 11, 1333; DONINI M., *per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2013, Vol. 56, fasc. 3, pp. 1162-1218.

positivo. Ciò «*appare riconducibile all'esigenza di rispettare il principio di obbligatorietà, evitando di introdurre nell'ordinamento istituti che possano dare luogo a forme di esercizio discrezionale dell'azione: conseguentemente, per permettere il ricorso a tale pronuncia anche durante le indagini preliminari, sono previsti lo svolgimento di un'apposita udienza ai sensi dell'art. 127 c.p.p. e l'emanazione di una sentenza di merito*»⁴⁹³. Tale soluzione, tuttavia, presenta certamente lo scotto di poter essere percorribile soltanto per le offese meno significative, ossia quelle punite con una cornice edittale ridotta, nonché per i reati di competenza del giudice di pace. È evidente, infatti, che l'opinione pubblica non potrebbe accettare forme di diversione così radicali, soprattutto in relazione a reati particolare allarme sociale.

Maggiori possibilità, invece, potrebbero ottenersi laddove si scegliesse di introdurre un'ulteriore causa di archiviazione della *notitia criminis* individuabile nell'esito positivo della mediazione⁴⁹⁴. In particolare,

«in una prospettiva de iure condendo, si potrebbe configurare il requisito dell'effettiva utilità del processo come espressa condizione di procedibilità, la cui mancanza legittimerebbe la richiesta di un provvedimento di archiviazione ex art. 411 c.p.p. Oppure sempre allo scopo di ampliare gli spazi di praticabilità di tentativi di mediazione già in fase di indagini preliminari, intesi ad evitare il processo, si potrebbe prevedere la possibilità di fare assurgere determinati comportamenti — riconciliazione con la vittima, restituzioni, riparazione del danno e ogni altra attività inquadrabile tra i possibili contenuti di un programma di mediazione — a cause di estinzione del reato, con conseguente archiviazione del procedimento in caso di esito favorevole dell'attività mediatrice»⁴⁹⁵.

Tale scelta, da un lato, permetterebbe di rispettare il principio di obbligatorietà, in quanto l'azione penale verrebbe esercitata secondo le modalità tradizionali, e, il giudice, per controllare il corretto dispiegarsi della discrezionalità sussistente in capo alla pubblica accusa, potrebbe controllare il rispetto dei relativi presupposti per procedere con ordinanza/decreto di archiviazione condizionata debitamente motivato,

⁴⁹³ EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in "Diritto penale e processo", 2015, 11, 1333.

⁴⁹⁴ DARAIO G., *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in "Diritto penale e processo", 2013, 3, 357.

⁴⁹⁵ PATANE V., *Mediazione penale e norme*, in "Mediases", 6/2005, p. 219.

preservando così la giurisdizionalità del rito: non conta il momento dell'esercizio dell'azione penale, ma occorrerà, tuttavia, assicurare le garanzie minime della giurisdizione ad essa connaturali. Pertanto, sarà necessario procedere solo laddove vi siano prove sufficienti per accusa e solo se tale scelta sia effettuata davanti al GIP. In presenza delle ipotesi di archiviazione di cui agli artt. 408 e 411 c.p.p. dunque dovrà essere pronunciata un'archiviazione secca e andrà rifiutata la *diversion*; se, invece, vi sono prove sufficienti di colpevolezza - ricavabili altresì dalla non contestazione dei fatti da parte dell'indagato - allora potrà essere pronunciata l'archiviazione condizionata e occorrerà verificare ulteriormente, a seconda delle ipotesi, la necessità di un'eventuale punizione dell'illecito.

La mediazione dovrà essere esperita durante un periodo di sospensione del procedimento per un tempo massimo fissato per legge e dal giudice nel caso concreto. Se questa avrà esito positivo potrà essere pronunciata l'archiviazione condizionata con valore preclusivo - se mai sarà solo ammissibile il ricorso in cassazione per violazione del contraddittorio - se, invece, avrà esito negativo il procedimento riprenderà il suo corso con l'esercizio dell'azione penale dal momento dell'interruzione dello stesso⁴⁹⁶. Quest'ultima soluzione, a ben vedere, è quella preferibile in quanto consentirebbe l'esperibilità della mediazione per qualunque tipo di reato analogamente a quanto accade nel procedimento ordinario in cui la pubblica accusa può chiedere l'archiviazione senza alcun tipo di preclusione. Spetterebbe poi al giudice — e prima ancora al pubblico ministero — valutare se il caso concreto, nonostante l'intervenuta mediazione, richiedesse il ricorso ad un approfondimento istruttorio. Tale ultima opzione, seppur preferibile in relazione ai crismi di purezza che dovrebbero caratterizzare la mediazione penale, si rivela a ben vedere difficilmente praticabile in un Ordinamento come il nostro a forte obbligatorietà.

⁴⁹⁶ Per un approfondimento cfr. CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, 2010.

Ancora una volta, dunque, per ritenere praticabile la mediazione in fase di indagini e perché questa venga ad assumere la forma di un'archiviazione condizionata si potrebbe pensare di limitare tale possibilità solo alle offese che abbiano una cornice edittale congrua alla diversione processuale⁴⁹⁷ per correre alla messa alla prova negli altri casi, analogamente a quanto previsto dal progetto di riforma per gli imputati minorenni così come sopra citato⁴⁹⁸. In ogni caso, anche in questa fase, nel rispetto dell'art. 6 CEDU, occorrerà evitare che l'accusato subisca dei pregiudizi per l'inosservanza delle regole del giusto processo.

In relazione a quanto detto circa il rispetto dell'art. 112 Cost., occorre rilevare come la richiesta di mediazione vada intesa come vero e proprio esercizio dell'azione penale. Questo, infatti, è uno specifico tipo di azione penale che porta ad una decisione del giudice sull'archiviazione nell'ambito di un contesto giurisdizionale: il giudice della *diversion*, infatti, deve verificare che la notizia di reato non sia infondata analogamente a quanto accade normalmente.

Conclusivamente si può sostenere che per poter introdurre nel nostro ordinamento la mediazione *«occorrerà dunque conferire valore autonomo ai concetti di superfluità del processo e non offensività in concreto del fatto che costituisce reato alla luce del quale costruire la disciplina dell'archiviazione condizionata meritata in cui l'adesione dell'indagato al programma non penale consenta l'anticipata conclusione del rito, la cosiddetta terza via»*⁴⁹⁹. In questa prospettiva, dunque, potrebbe dunque introdursi il requisito dell'effettiva utilità del ricorso alla giustizia penale in

⁴⁹⁷ Se si optasse per quest'ultima soluzione, tuttavia, occorrerebbe una procedura sufficientemente elastica a consentire il ricorso alla diversione processuale anche in caso di concorso formale, reato continuato o delitto tentato. La opzione da prescegliere, dunque, dovrebbe essere quella di riservare quanto più possibile la fuoriuscita dal sistema processuale in una fase estremamente avanzata come quella di cui trattasi alla prudente valutazione del PM e del magistrato in uno con la cornice edittale di riferimento. Ciò permetterebbe di preservare uno spazio di azione che sia al contempo oggettivo e soggettivo in ossequio a quanto richiesto in questa materia.

⁴⁹⁸ cfr. proposta 1485 di cui sopra.

⁴⁹⁹ CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, 2010.

difetto del quale procedere con una richiesta di archiviazione⁵⁰⁰. Ciò, dovrebbe imporsi anche se l'accertamento dovesse riguardare reati perseguibili d'ufficio. Sono tanti, del resto, i reati perseguibili d'ufficio che poiché non vengono perseguiti adeguatamente si estinguono per prescrizione. Nella prassi, lo stesso istituto della pena su richiesta delle parti si risolve, sovente, in una mera negoziazione d'interessi solo "formalmente" rispettosa del principio di obbligatorietà dell'azione penale e delle esigenze di tutela dell'eguaglianza dei cittadini ad esso sottese⁵⁰¹.

«Sarebbe tuttavia riduttivo, e mortificherebbe oltre misura il ruolo e le finalità della mediazione, un approccio legislativo che tendesse a limitare la praticabilità di un percorso mediativo ai reati "meno lesivi", giacché — si è osservato — "è proprio in casi di forti conflitti che la mediazione svolgerebbe una funzione di particolare significato"»⁵⁰².

Perché operi la mediazione, come già ampiamente analizzato, è necessario che le parti accettino volontariamente di intraprendere il percorso di ristorazione ancorché lo stesso *«può tuttavia essere sollecitato ed incentivato in vista delle determinazioni che l'organo dell'accusa deve assumere all'esito delle indagini in ordine all'esercizio dell'azione penale, garantendo, ex lege, in caso di esito positivo della mediazione, l'inazione del pubblico ministero (o, il che è lo stesso, l'archiviazione del procedimento), magari subordinata alla riparazione materiale del danno»⁵⁰³.*

Diversamente, alcuni autori⁵⁰⁴ ritengono che, una volta esercitata l'azione penale questa sia irretrattabile e, dunque, non sarebbe consentito recepire i risultati della mediazione una volta che si è aperto il procedimento. Tale

⁵⁰⁰ MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

⁵⁰¹ Per un approfondimento cfr. GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale* in "Critica del diritto", 2007.

⁵⁰² DARAIO G., *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in "Diritto penale e processo", 2013, 3, 360.

⁵⁰³ DARAIO G., *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in "Diritto penale e processo", 2013, 3, 360.

⁵⁰⁴ DARAIO G., *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in "Diritto penale e processo", 2013, 3, 357.

osservazione non è, a pare di chi scrive, dotata di particolare fondamento in quanto è stata proprio la messa alla prova minorile ad aver costituito il principale banco di prova della mediazione e si auspica che avverrà analogo epilogo anche per gli imputati adulti. Tra l'altro, tale scelta non implica l'abdicazione dalla azione penale, bensì una diversa modalità di esercizio della stessa, senza alcuna rinneazione del principio *de quo*.

In relazione ai presupposti sopra indicati e quando ricorra un'ipotesi mediabile, il magistrato penale e, segnatamente, il pubblico ministero dovrebbe innanzitutto attivarsi per verificare le intenzioni di offensore e offeso. A tal fine, sarebbe opportuno estendere il suggerimento operato da Mestiz⁵⁰⁵ anche ai procedimenti con imputati adulti. In particolare, l'autrice propone che sia il magistrato, più nello specifico il pubblico ministero, ad operare una prima selezione dei casi che potrebbero essere inviati in mediazione. Successivamente poi, una volta operata questa prima selezione, gli stessi verrebbero sottoposti ad una seconda valutazione ad opera dei mediatori i quali, vantando un bagaglio di esperienze più specifiche, selezionerebbero definitivamente i casi da inviare in mediazione.

Successivamente occorrerebbe acquisire il consenso delle parti, di entrambe le parti. Ciò ovviamente salvo il caso siano le stesse parti a richiedere di incontrarsi e di esperire la mediazione.

La procedura giudiziaria, nel frattempo, rimarrebbe sospesa per tutto il periodo degli incontri. Alla fine della procedura verrebbe redatto il relativo verbale che desse conto degli esiti della stessa, fermo il doveroso segreto richiesto dai documenti internazionali e dalla nostra Costituzione rispetto al contenuto degli incontri e rispetto a quanto possa pregiudicare il reo nel corso del giudizio.

«Le parole che suggellano la fine del conflitto hanno solitamente un suono gratificante per entrambi gli interessati e – come è stato argutamente detto – sono destinate a irradiare intorno a loro gli effetti di uno stigma positivo. Anche per questo sarebbe opportuno che la legge stabilisse espressamente il valore che il giudice è autorizzato ad attribuire a una

⁵⁰⁵ Per un approfondimento cfr. MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss.

mediazione riuscita, sul piano sia del diritto sia penale, sia, eventualmente, civile—risarcitorio. L'esplicito riconoscimento legislativo conferirebbe all'accordo quella solennità e pregnanza simbolica che difficilmente la prassi gli può procurare»⁵⁰⁶.

Se il tentativo di mediazione fallisse, la procedura giudiziaria dovrebbe riprendere il suo corso normale.

Conclusivamente, qualunque sia la strada prescelta, ciò che giova ribadire è l'opportunità che si trovino soluzioni che seppur rispettose del sistema valoriale espresso dalla nostra Costituzione pur senza rinnegarne la sostanza di tale istituto. Il tutto al fine di favorirne quanto più possibile la massima espansione in ogni fase del procedimento.

4. Conclusioni

Il quadro tratteggiato *«mostra che la mediazione penale – così come tende ad affermarsi nelle esperienze odierne dei sistemi giudiziari – non è classificabile precisamente come "alternativa al processo", né, a ben vedere, come "alternativa nel processo"»*⁵⁰⁷. Non può definirsi completamente alternativa al processo in quanto, almeno per le offese più significative, non si può prescindere dal processo e dalla comminatoria della sanzione giudiziale. Può diventare una *«alternativa all'ordinario iter processuale penale, quando culminasse in una decisione di improcedibilità o di non punibilità»*⁵⁰⁸.

Non può definirsi nemmeno *«un'alternativa nel processo»*, in quanto, a differenza dei riti speciali disciplinati nel codice di procedura penale, la mediazione, prescinde dalla punibilità del fatto e si occupa di ripristinare la comunicazione tra le parti; *«lo spazio della mediazione è in mezzo tra i due estremi, coincide con la loro relazione, con la loro esistenza, condivide*

⁵⁰⁶ ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliati ed esigenze di giustizia*, in "Rivista di Diritto e Procedura", 2006, 4, 1171.

⁵⁰⁷ ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliati ed esigenze di giustizia*, in "Rivista di Diritto e Procedura", 2006, 4, 1171.

⁵⁰⁸ ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliati ed esigenze di giustizia*, cit. 1175.

distanze e avvicendamenti»⁵⁰⁹. Ciò comporta un diverso approccio al fatto: al mediatore e nella mediazione non interessa il reato come l'insieme delle categorie dogmatiche che compongono la fattispecie tipica, ma interessa ripristinare il dialogo, di superare il conflitto che quel reato ha originato, a prescindere dal contesto giuridico di riferimento. Infatti, «*medio significa in mezzo per risolvere i problemi, il mediatore è in mezzo per la pacificazione, rimedio al conflitto grazie al suo stare tra i contendenti, nel loro mezzo, né più in alto né più in basso. Il mediatore ha la necessaria esperienza del conflitto, non normativa ma cognitiva*»⁵¹⁰.

Come accennato, perché la mediazione trovi una reale applicazione ed una adeguata diffusione, è necessario ripensare al sistema penale anche in un'ottica sanzionatoria. Infatti, «*dinnanzi alla prospettiva di una pena che resta pensata come un danno per il condannato (cioè contro di lui) ogni dialogo è precluso: quest'ultimo, infatti, diventa plausibile solo in quanto la risposta al fatto illecito, pur rimanendo un onere, possa assumere contenuti validi anche dal punto di vista del suo destinatario*»⁵¹¹.

I tempi sono ormai maturi perché alla riforma procedurale e sostanziale si affianchi anche una nuova visione della pena, superando l'ottica carcerocentrica per cui l'unica tipologia di sanzione sia quella detentiva appunto. Infatti, «*il carcere è il luogo della separazione che ogni sistema sociale ha dovuto costruire tutte le volte che ha dovuto osservarsi e regolarsi*»⁵¹². La pena classica è ossessionata e pervasa dalla pedagogia, in quanto dietro alla pena carceraria si mascherano le esigenze disciplinari e di controllo che trasmigrano nelle misure alternative riproponendo la dialettica tra rieducare alla moralità e alla legalità⁵¹³. Occorre superare l'idea che, nonostante il fatto di reato, il soggetto vada comunque punito in quanto è

⁵⁰⁹ RESTA E., *Il diritto fraterno*, Roma, Laterza, 2002, p. 42.

⁵¹⁰ RESTA E., *Il diritto fraterno*, Roma, Laterza, 2002, p. 76.

⁵¹¹ EUSEBI L., *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in "Diritto penale e processo", 2013, 5, 527.

⁵¹² RESTA E., *Il diritto fraterno*, Roma, Laterza, 2002, p. 117.

⁵¹³ MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006.

ben possibile che lo stesso non sia meritevole della sanzione⁵¹⁴. «Non è essenziale se l'illecito è inquadrabile nella logica penale bensì il fatto che venga circoscritta il più possibile la logica della comminazione della pena detentiva esclusa per tutti gli illeciti ostacolo». Il bisogno della pena fonda la stessa legittimazione dello strumento penale. «Le esigenze di introduzione di un sistema di pene principali non detentive è anche per evitare che l'impraticabilità di una risposta non penalistica a determinate trasgressioni implichi la rinuncia al carcere»⁵¹⁵.

Donini⁵¹⁶ propone di incidere profondamente sul sistema penale trasformando la sanzione principale del carcere nella confisca obbligatoria (non misura di sicurezza ma pena) da devolvere alla vittima, persona offesa escludendo ulteriori ipotesi di risarcimento. Se poi ciò non fosse possibile, allora e solo allora, e quand'anche altri strumenti di chiusura anticipata del processo non fossero percorribili, troverebbe applicazione la sanzione tradizionale della reclusione. Secondo l'Autore «il vero concetto della pena criminale comincia qui: di fronte a un danno irreparabile o non riparato, non risarcibile o non risarcito»⁵¹⁷. La soluzione a nostro avviso è nobile negli intenti ma errata nelle conclusioni perché sovverte la logica della riparazione che abbiamo tentato di illustrare nel corso di queste pagine. La giustizia non può essere ristorativa se non è accompagnata da un percorso tra la vittima e l'autore del reato. Infatti, è solo quest'ultimo il motore propulsore che trasforma il risarcimento del danno in vero e proprio ristoro. La logica seguita da Donini è quella tradizionale che di fatto trasforma il ristoro in una sanzione che serve a emendare la comunità del danno arrecato, non la risposta al patimento interiore che prova la vittima di un reato e che potrebbe essere riparato anche solo con una lettera di scuse. E'

⁵¹⁴ FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, 1999.

⁵¹⁵ EUSEBI L., in PICOTTI L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998.

⁵¹⁶ DONINI M., *per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2013, Vol. 56, fasc. 3, pp. 1162-1218.

⁵¹⁷ DONINI M., *per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2013, Vol. 56, fasc. 3, pp. 1162-1218.

per questo che è fondamentale accompagnare il risarcimento al percorso che il mediatore fa con le parti.

E' dunque quantomai necessario che si possa ridisegnare il sistema punitivo tradizionale includendovi anche forme di sanzione diverse dal carcere.

La scelta di accompagnare la messa alla prova al lavoro di pubblica utilità⁵¹⁸ rivela un iniziale mutamento di prospettiva che, tuttavia, diventerà reale solo quando tale tipo di attività entrerà a far parte del bagaglio sanzionatorio di cui dispone il giudice, analogamente a quanto accade nel procedimento avanti al giudice di pace. Infatti, finché i risultati della mediazione verranno utilizzati solo, ed eventualmente, per la chiusura del processo in sede anticipata, senza alcun rilievo sulla pena comminata giudizialmente, la giustizia ristorativa non potrà avere quella portata e quei benefici che le sono connaturali. In altre parole, per le offese più significative, per le quali il bisogno di pena rimane, sarebbe opportuno che il giudice potesse sostituire il carcere con sanzioni che in qualche modo recepiscano i risultati dell'accordo ristorativo, anche per evitare che lo stesso rimanga lettera morta per tutta la durata della condanna, perdendo così di qualsiasi significato⁵¹⁹. A ben vedere,

«non si tratta di lasciare alla vittima, nell'ambito degli istituti di giustizia riparativa [...], la decisione sul tipo di risposta al reato o sulla punibilità. Il suddetto modello di giustizia, pur con attenzione alle esigenze reali della vittima, valorizza, infatti, l'impegno riparativo per il significato che assume nell'interesse pubblico, vale a dire [...] in termini di prevenzione generale (ma anche di prevenzione speciale: essendo più difficile, per l'autore di un reato, deflettere da impegni assunti attraverso il confronto con un interlocutore reale e scomodo, qual è la vittima, di quanto non avvenga rispetto a impegni assunti a prescindere da un impatto umano altrettanto coinvolgente)⁵²⁰».

⁵¹⁸ A ben vedere, il lavoro di pubblica utilità imposto quale parte integrante della messa alla prova, anche se non è qualificato come tale, nei fatti viene ad assumere i contorni della pena perché è l'unica sanzione che viene ad essere applicata.

⁵¹⁹ Come abbiamo visto sopra, infatti, è necessario che la mediazione sia esperita entro un tempo ragionevole dal fatto di reato diversamente perde di efficacia ed effettività. Più è già ricucita la ferita minore è la volontà di partecipare agli incontri. Per un approfondimento cfr. MASTROPASQUA I., *Mediazione penale e giustizia minorile*, in "Mediares", 6/2005, pp. 157-164.

⁵²⁰ EUSEBI L., *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in "Diritto penale e processo", 2013, 5, cit. p. 532.

Sarà necessario spezzare quella logica di inefficacia e di ineffettività che oggi caratterizza il sistema penale riscoprendo che la prevenzione generale è possibile solo quando vi è il consenso. «*La prevenzione, in altre parole, non dipende da automatismi coercitivi, ma prioritariamente dal consenso. E nulla ristabilisce maggiormente il consenso circa il rispetto di una norma violata, vale a dire la sua autorevolezza, di quanto non avvenga attraverso la rielaborazione del fatto criminoso, attestata mediante gesti riparativi, da parte del soggetto stesso che lo abbia posto in essere*»⁵²¹.

Un ulteriore problema che occorre sottolineare in conclusione concerne la scarsa attenzione che viene prestata alla ricerca⁵²². Non vi sono studi condivisi né progetti seri di ricerca. Anche per gli studiosi i dati a disposizione sono limitati e pure i casi concreti non sono quasi mai resi ostensibili. Ciò a differenza di quanto accade negli altri Ordinamenti in cui un istituto viene sperimentato, analizzato e condiviso. Tale atteggiamento costituisce un limite allo sviluppo di qualsiasi strumento innovativo perché ogni sistema ha le sue peculiarità e dunque non si possono sfruttare i risultati raggiunti da altri ed applicarli *tout court* nel nostro Ordinamento. A tal fine, dunque, sarà necessario creare dei centri di sperimentazione che si occupino possibilmente ciascuno di una fase diversa del procedimento in modo da saggiare potenzialità applicative ed esiti della mediazione a seconda del momento in cui la stessa viene svolta. Solo in questo modo sarà possibile creare una procedura che sia congeniale con il nostro sistema e che abbia anche la capacità di realizzare pienamente le sue potenzialità applicative.

Perché dunque la mediazione penale e la giustizia restaurativa trovino reale spazio nel nostro sistema occorrerà, oltre ad una riforma organica che introduca tali istituti espressamente e ne disciplini la cornice operativa di riferimento, come già evidenziato sopra, un ripensamento dell'intero sistema

⁵²¹ EUSEBI L., *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in "Diritto penale e processo", 2013, 5, 528.

⁵²² Per un approfondimento cfr. MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in "Minorigiustizia", n. 1, 2007, pp. 121 e ss.

in termini di funzioni della pena, tipologia di sanzioni e principi costituzionali vigenti in materia penale. Ma l'aspetto sul quale si dovrà operare in misura più pregnante sarà la diffusione di una vera e propria cultura della mediazione e della giustizia restaurativa, sia nella comunità che tra gli operatori, in modo da incidere significativamente sulla radice, sul maggiore ostacolo ad oggi esistente all'introduzione di queste pratiche: l'ignoranza e la resilienza al cambiamento.

Bibliografia

- AA.VV., *Introduzione al Sistema Penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, terza edizione, 2006
- AA.VV., *The Oxford Handbook of Criminology*, third edition, Oxford University Press, 2002, Part III Dimension of crime, Cap. XIII, Zedner L, *The Victim, The Rise of Restorative Justice*, pp. 443-447
- APRILE E., *La Competenza Penale del Giudice di Pace*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, seconda edizione
- ANDRIA P., *Mediazione penale e giustizia minorile: potenzialità e criticità*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 65-70
- ANNUNZIATA L., *Prime criticità applicative in tema di sospensione con messa alla prova*, in "Diritto penale e processo", 2016, fasc. 1, pp. 101-115
- ANTONUCCI, PISAPIA, (a cura di), *La Sfida della Mediazione*, Padova, Cedam, 1997
- ASHWORTH A., *Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State*, in "Oxford Journal of Legal Studies", Oxford University Press, 1986, vol. 6, fasc. 1, pp. 86-122
- ASHWORTH A., *Some Doubts about Restorative Justice*, in "Criminal Law, Springer Netherlands", June 1993, vol. 4, fasc. 2, pp. 277-299
- AVANTAGGIATO M. L., *Per una Giustizia Riparativa in Carcere*, in "Mediaries", 2007, fasc. 10, pp. 171-184
- AZZOLINI M., *L'esperienza della Mediazione Penale: il Lavoro dell'Ufficio di Milano*, in "Mediaries", 2007, fasc. 10, pp. 105-121
- BARTOLI L., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in "Cassazione penale", 2015, fasc.5, pp. 1755-1761
- BASCO M. G., DE GENNARO S., *La Messa alla Prova nel Processo Penale Minorile*, Giappichelli, Torino, 1997
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, Ledizioni, 2014

BIAVATI P., *La Magistratura Onoraria*, Parte III, *L'Organizzazione della Giustizia Civile*, in BIAVATI P., GUARNIERI C., ORLANDI R., ZANON N., a cura di, *La Giustizia Civile e Penale in Italia*, Bologna, Il Mulino Itinerari, 2008

BONAFE'-SCHMITT J. P., *La Médiation: un Justice Douce*, Paris, Syros Alternative, 1992

BOUCHARD M., *La Mediazione, una Terza Via per la Giustizia Penale?*, in "Questione Giustizia", 1992, fasc. 3-4, pp. 757-783

BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2005

BOUCHARD M., *Vittima, pena, e verità nella mediazione penale*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 101-109

BRAITHWAITE J., *Crime, Shame and Reintegration*, Melbourne, Cambridge University Press, 1989

BRAITHWAITE J., *Restorative Justice & Responsive Regulation*, New York, Oxford University, 2002

CAGOSSI M., *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in "Diritto penale contemporaneo", 19 gennaio 2016, http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/4416-nuove_prospettive_per_le_vittime_di_reato_nel_procedimento_penale_italiano/ (ultimo accesso maggio 2016)

CALO' R., *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post-Lisbona*, in "Dirittopenalecontemporaneo", 21 Novembre 2011, pdf document

CANNONE A., *I diritti delle vittime nel panorama legislativo internazionale*, in "Mediaries", 2011, fasc. 17-18, pp. 57-75

CANTARELLA E., *Itaca*, Feltrinelli, Milano, 2002

CARUSO A., *Mediazione penale e riforme legislative*, in "Mediaries", 6/2005, pp. 47-54

- CASTELLI S., *La Mediazione: Teorie e Tecniche*, Milano, Raffello Cortina Editore, 1996
- CAVALLO M., *Linee Guida sulla Mediazione Penale*, in “Mediaries”, 2007, fasc. 10, pp. 279-295
- CERETTI A., MAZZUCCATO C., *Giustizia Riparativa e Mediazione tra Consiglio d’Europa e Onu*, in “Diritto Penale e Processo”, 2001, fasc. 6, pp. 772-776
- CERETTI A., MANNOZZI G., *Più riparazione meno pena*, in <http://www.galileonet.it/2000/03/piu-riparazione-meno-pena/> (ultimo accesso 10 giugno 2016)
- CHESSA M., GASPARINI M., POLI A., *La Messa alla Prova nell’Esperienza del Giudice per l’Udienza Preliminare presso il Tribunale dei Minorenni di Milano*, in “Minorigiustizia”, 2008, fasc. 4, pp. 102-118
- CHRISTIE N., *Conflicts as Property*, in “The British Journal of Criminology”, 1997, Vol. 17, fasc. 1., pp. 1-14
- CIARDIELLO P., *Riparazione e Mediazione nell’Ambito dell’Esecuzione Penale per Adulti*, in “Rassegna Penitenziaria e Criminologica”, 2007, fasc. 2, pp. 96-107
- CIARDIELLO P., *Giustizia Riparativa, Diritti e Welfare Plurale*, in “Studi sulla Questione Criminale”, 2009, fasc. 1, pp. 69-100
- CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2010
- CIVININI M. G., *Rapporti tra mediazione e processo*, in “Mediaries”, 2005, fasc. 6, pp. 200-204
- CLEMMER D., *La Comunità Carceraria*, in SANTORO E., a cura di, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 205-214
- COLAMUSSI M., *La messa alla prova*, Milano, Cedam, 2011
- CONSO G., *Mediazione penale: un optional o una cosa dovuta?*, in “Mediaries”, 2005, fasc.6, pp. 31-37
- CONTI C., *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in PALAZZO F., SPANGHER G., a cura di, “Giurisprudenza italiana dal 1849. Gli Speciali”,

Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso 2015, Bologna, IPSOA, 2015

COPPOLA DE VANNA A., *Le «stagioni» della mediazione*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 138-146

COPPOLA DE VANNA A., *La mediazione tra Moda e Modelli*, in "Mediaries", 2007, fasc. 10, pp. 69-82

COPPOLA DE VANNA A., *La mediazione come strumento d'intervento sociale*, in "Mediaries", 2011, fasc. 17-18, pp. 105-131

COSI G., FADDAI, *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, Giuffrè, 2003

COYLE A., *Restorative justice in prison setting*, in International centre for prison studies, King's College, London, pdf document

CROSLAND P., LIEBMANN M., *40 cases. Restorative justice and victim-offender mediation*, London, Mediation UK, October 2003

CUNNEEN C., *La Giustizia Riparativa al Vaglio della Criminologia Critica*, in "Studi sulla Questione Criminale", 2009, fasc. 1, pp. 41-58

DALLA LIBERA E., VEZZADINI S., *Giustizia riparativa e messa alla prova: uno sguardo alle prassi del Tribunale per i minorenni di Bologna*, in "Minorigiustizia", 2010, fasc. 3, p. 225-237

DARAI G., *Il "principio ripartivo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in "Diritto penale e processo", 2013, fasc. 3, 357-365

DEKLERCK J., *The mediation process. Going from "Autumn" to "Spring"*, in "Mediaries", 2011, fasc. 17-18, pp. 311-359

D'ELIA F., *Voce di Melita Cavallo*, Forum, in "Mediaries", 2007, fasc. 10, pp. 235-244

DI BERNARDO T., *La giustizia riparativa e il ruolo dell'Ufficio Esecuzione Penale Esterna*, in "Mediaries", 2007, fasc. 10, pp. 191-197

DI CHIARA G., *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2004, fasc.2, pp. 500-525

DI CIO' F., *Verso una giustizia di prossimità: alcune riflessioni a partire dalle esperienze di mediazione penale minorile*, in “Mediaries”, 2005, fasc. 6, pp. 146-157

DIOTALLEVI G., *Quale futuro per la mediazione penale?* in “Questione Giustizia”, 2008, fasc. 5, pp. 18-28

DI RIENZO M., *Quali reati per la giustizia riparativa?* in “Mediaries”, 2007, fasc. 10, pp. 185-191

DONINI M., *per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2013, Vol. 56, fasc. 3, pp. 1162-1218

ECOSOC, *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, Resolution 2002/12, in www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf

EUSEBI L., *Dibattiti sulla pena e mediazione*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 1997, fasc. 3, pp. 813-825

EUSEBI L., *Dibattiti su teoria della pena e mediazione*, in “Studium iuris”, 2001, fasc. 3, pp. 828- 831

EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria della pena e teoria del reato*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006

EUSEBI L., *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in “Diritto penale e processo”, 2013, fasc. 5, p. 527-535

EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in “Diritto penale e processo”, 2015, fasc. 11, p. 1333-1336

FAGET J., *I “Ragionevoli Compromessi” della Mediazione Penale*, in “Studi sulla Questione Criminologica”, 2009, fasc. 1, pp. 59-68

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, vol.1, Bologna, Zanichelli

FILIPPINI S., *Il ruolo della magistratura minorile nell'applicazione della mediazione*, in "Mediaries", 2007, fasc. 10, p. 123-135

FLOR R., MATTEVI E., *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa*, in "Dirittopenalecontemporaneo", luglio 2012, fasc. 3, pdf document

FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, 1999

FONDAROLI D., *Diritto penale, vittimizzazione e "protagonismo" della vittima*, in "Rivista di Criminologia, Vittimologia e sicurezza", Gennaio-aprile 2014, Vol. VIII, fasc. 1, pp. 74 -95

FORTE E. M., *Sulla proposta di legge per l'istituzione del Centro Unico di Mediazione Minorile*, in "Rivista trimestrale dell'Amministrazione", 2014, fasc. 4, pp. 75-97

GADDI D., *Mediazione Penale, Esecuzione della Pena e Terrorismo: l'Incerto Ruolo della Criminologia nell'Analisi di Due Casi*, in "Studi sulla Questione Criminale", 2009, fasc. 1, pp. 101-118

GAGGERO P., *I modelli alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema di common law*, in "Documenti Giustizia", 1994, pp. 375 -394

GAILLY P., *Restorative justice in England and Wales*, PDF document

GATTI U., MARUGO M., *Verso una maggiore tutela delle vittime: la giustizia riparativa al vaglio della ricerca empirica*, in "Rassegna Italiana di Criminologia", 1992, pp. 487-495

GELSTHORPE L., SKINS L., *Restorative practices: repairing harm through kith and kin*, in F Ebrehaj, Oxford, 2006

GENET J., *Diario di un ladro*, ES, 2010

GENTILE M., *Modalità di approccio alla giustizia riparativa in ambito internazionale: mediazione, "conferencing", "circles", restituzione*, in "Diritto di Famiglia e delle Persone", 2008, fasc. 2, pp. 1017-1029

GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale* in "Critica del diritto", 2007, fasc. 1, pp. 91-105

GRAEF R., *Why Restorative Justice? Repairing the Harm caused by crime*, Calouste Gulbenkian Foundation, London, 2001

GRATTAGLIANO I., *Ascolto delle vittime: aspetti criminologici e psichiatrico forensi*, in "Mediaries", 17-18/2011, pp. 385-414

GRIMOLDI M., CACIOPPO R., *L'abito su misura. Significato ed effetti attesi dai contenuti di progetti di messa alla prova a favore di minori autori di reato*, in *Minorigiustizia*, 2013, fasc. 1, pp. 119 -125

GULOTTA G., *Il diritto penale retributivo, premiale e meditativo*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 109-114

HUDSON B., *Victims and offenders*, in Von Hirsh, Andrew, *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms*, , Hart Publishing, 2003, pp. 177-194

IMPAGNATIELLO G., *La mediazione penale nel quadro degli strumenti di alternative dispute resolution*, in "Mediaries", 2011, fasc. 17-18, pp. 75-105

JOHNSTONE J., VAN NESS W., *The handbook of Restorative Justice*, William Publishing, Devon, 2007

JOHNSTONE J., *Restorative Justice: ideas, values, debates*, William Publishing, Devon, 2002

JOHNSTONE J., *Restorative Justice and Practice of Imprisonment*, in "Prison Service Journal", issue 174, pp. 15-20, in www.hmprisonservice.gov.uk/assets/documents/10003182restorativejustice.pdf (ultimo accesso dicembre 2015)

KILCHLING M., PARLATI L., *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"?* *Germania e Italia a confronto*, in "Cassazione Penale" 2015, , fasc. 11, pp. 4188-4201

LANZA E., *La Sospensione del Processo con Messa alla Prova del'Imputato Minorenne*, Milano, Giuffrè, 2003

LEONCINI I., *Il lavoro di pubblica utilità, problematiche applicative*, in www.appinter.csm.it (ultimo accesso dicembre 2014)

LONGO G., *La mediazione penale dei giudici di pace: problemi, prime esperienze e prospettive*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 70-79

LOSANA C., *L'Ascolto del Minore nell'Osservazione sulla Personalità*, in "Minorigiustizia", 2008, fasc. 4, pp. 22-30

LUDERSSEN K. *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, 2005

MADDALENA M., *Ossequio formale od obbedienza reale? L'obbligatorietà dell'azione penale*, in "Critica Penale", 2007, fasc. 1, pp. 5-26

MANERA G., *Brevi Osservazioni sul Proscioglimento del Minorenne per Irrilevanza del Fatto ex art. 27 Legge 448/1988*, in "Giurisprudenza di Merito", 1992, pp. 940-963

MANNOZZI G., *Problemi e Prospettive della Giustizia Riparativa*, in "Rassegna Penitenziaria e Criminologica", Dicembre, 2001, pp. 1-11

MANNOZZI G., *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in DE FRANCESCO-VENAFRO, a cura di, *Meritevolezza della pena e logiche deflattive*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 117-140

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003

MANNOZZI G., a cura di, *Mediazione e diritto penale, dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, Giuffrè, 2004

MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile* in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006

MANNOZZI G., *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in "Diritto penale e processo", 2012, fasc. 7, pp. 833-845

MANNOZZI G., *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in "Diritto penale e processo", 2014, fasc. 7, pp. 781-795

- MANNOZZI G., LODIGIANI G. A., *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2014, fasc.1, pp. 133 -157
- MANNOZZI G., *Traduzione e interpretazione giudica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine "giustizia riparativa" e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2015, fasc. 1, p. 137-155
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, VII Edizione, 2011
- MARSHALL T., *Restorative Justice: an overview*, A Report by the Home Office, Research Development and Statistics Directorate, 1999
- MARSHALL T., The evolution of restorative justice in Britain, in ‘European Journal on Criminal Policy and Research’, 1997, volume 4, fascicolo 4, pp. 21-44
- MASCARELL L. A., *Criminalità minorile: riflessioni dal punto di vista riparativo*, in “Mediaries”, , 2011, fasc. 17-18, pp. 299-311
- MASTROPASQUA G., *I percorsi di giustizia riparativa nell'esecuzione della pena*, in “Giurisprudenza di Merito”, , 2007, fasc.3, pp. 881-889
- MASTROPASQUA I., *Mediazione penale e giustizia minorile*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 157-164
- MASTROPASQUA I., *Il Processo Penale e la Mediazione*, in “Mediaries”, 2006, fasc. 7, pp. 65-76
- MASTROPASQUA I., BUCCELLATO N., (a cura di), *1° rapporto Nazionale sulla mediazione penale minorile*. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa. Dipartimento per la Giustizia minorile Centro Europeo di Studi di Nisida, Roma, Gangemi Editore, 2012
- MATTEVI E., MENEGHINI A., *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità*, note a margine dall'ordinanza del Tribunale di Palermo del 3 agosto 2013, in “Rivista trimestrale diritto penale contemporaneo”, 2014, fasc. 2, pp. 117-129
- MAXWELL G., MORRIS A., *Putting Restorative Justice into Practice for Adult Offenders*, in “The Howard Journal”, 2001, vol. 40, fasc. 1, pp. 55-69

- MAZZUCCATO C., *Un Filo Rosso Unisce la Mediazione Penale e i Diritti dei Bambini. Strategie Consensuali e Costruttive per la Prevenzione dei Reati Minorili*, in “Mediaries”, 2006, fasc. 7, pp. 77-104
- Mc LAUGHLIN E., MUNICIE J., *The sage dictionary of criminology, restorative justice*, second edition, Sage Publication, London, 2006
- ME.D.I.A.RE, *Atti del seminario del progetto Me.D.I.A.Re (2004)*, in www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_11_1&contentId=SPS59944 (ultimo accesso 10 giugno 2016)
- MESSMER H, OTTO H. U., *Restorative Justice On Trial, Pitfalls and Potential of Victim-Offender Mediation, International Perspectives*, London Kluwe Academic, 1992
- MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004
- MESTIZ A., *La mediazione penale minorile: aspetti comparati*, in “Mediaries”, 2005, fasc. 5, pp. 79-101
- MESTIZ A., *Messa alla prova e mediazione penale*, in “Minorigiustizia”, 2005, n. 1, pp. 47-68
- MESTIZ A., *Perché la mediazione stenta a decollare?*, in “Minorigiustizia”, 2007, n. 1, pp. 121-145
- MIERS D., *An exploratory evaluation of restorative justice schemes*, Crime Reduction Research, Series Paper 9, Home Office, September 2001, National Commission On Restorative Justice, *Final Report*, PDF document (Ireland)
- MORINEAU J., *Lo Spirito della Mediazione*, Milano, Franco Angeli, 2000
- MORRIS A., MAXWELL G., *Restorative Justice for Juveniles*, Oxford, Portland Oregon, 2001
- MORRIS A., GELSTHORPE L., *Re-visioning Men’s Violence Against Female Partners*, The Howard Journal, 2000, Vol. 39, fasc. 4, pp. 412-428
- MORRONE A., *Mediazione e Riparazione del danno nella competenza penale del Giudice di Pace*, in “Rassegna penitenziaria e Criminologica”, 2000, n. 1, fasc. 3, pp. 55- 68

MUZZICA R., *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, fasc. 3, p. 158 - 178

NEWBURN T., *Criminology*, William Publishing, 2007

OCCHIOGROSSO F., *L'innovazione della mediazione penale: una promessa mantenuta?* in "Mediaries", 2005, fasc. 5, pp. 114-134

OCCHIOGROSSO F., *Ragioni della mediazione e tutela dei diritti dei bambini*, in “Mediaries”, 2006, fasc. 5 , pp. 39-54

OCCHIOGROSSO F., *La rete della riparazione nella storia recente del diritto penale italiano*, in “Mediaries”, 2006, fasc. 8, pp. 55-69

OCCHIOGROSSO F., *La mediazione nella giustizia penale minorile*, in "Minorigiustizia", 2008, fasc. 1, pp. 161-172

ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliati ed esigenze di giustizia*, in “Rivista di Diritto e Procedura”, 2006, fasc. 4, pp. 1171-1177

PALOMBA F., *Il Sistema del Nuovo Processo Penale Minorile*, Giuffrè, Milano, 1991

PARISI F., *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, in "Dirittopenalecontemporaneo", 24 dicembre 2014 (ultimo accesso 10 aprile 2016)

PATANE V., *Mediazione penale e norme*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 212-222

PATANE' V., *La tutela della vittima nel processo di mediazione*, in AA.VV., *La posizione dell'offeso nel processo penale: evoluzione della normativa, criticità e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, fasc. 2

- PAVARINI M., *Dalla pena perduta alla pena ritrovata. Riflessioni su una 'recherche'*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", , 2001, fasc. 1/3, pp. 113-155
- PAVARINI M., GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, Martina editori, 2004
- PAVARINI M., GUAZZALOCA B., *Saggi sul governo della penalità, letture integrative al corso di diritto penitenziario*, Bologna, Martina editori, 2007
- PAVARINI M. (a cura di), *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Bologna, Monduzzi editore, 2006
- PICOTTI L (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Milano, CEDAM, 1998
- PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace: Atti del convegno (Trento, 25-26 maggio 2001)*, Milano, Giuffrè, 2002
- PICOTTI L. (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Milano, CEDAM, 2010
- PILLA V., *La mediazione penale*, in "Minorigiustizia", 2008, fasc. 4, pp. 88-101
- PISAPIA G. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Milano, CEDAM, 2000
- POMODORO L., *La mediazione*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 135-139
- PONTI G., (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2005
- PRIORI R., *Il dipartimento per la Giustizia Minorile e la mediazione penale*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 54-57
- RESTA E., *Il diritto fraterno*, Roma, Laterza, 2002
- RESTA E., *La grammatica della mediazione*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 205-211
- REGGIO F., *Giustizia dialogica, luci e ombre della restorative justice*, Milano, Franco Angeli, 2010

Relazione al decreto legislativo n. 274/2000 in "Diritto e giustizia", 2000, n. 31

RIENZO M., *Quali reati per la giustizia riparativa?*, in "Mediaries", 2007, fasc. 10, pp. 185-234

ROSSI G., *La direttiva 2012/29/UE. Vittima e giustizia riparativa nel sistema penale: il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa*, pdf document

SAPONARO A., *Paradigmi e modelli di victim-oriented justice nel sistema penale*, in "Mediaries", , 2011, n. 17-18, pp. 185-223

SAVONA E. U., *Alla ricerca di un modello ottimale di mediazione penale*, in "Mediaries", 2005, fasc. 6, pp. 164-179

SCAPARRO, a cura di, *Il coraggio di mediare, contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Milano, Giuffrè, 2001

SCARDACCIONE G., *Integrazione tra mediazione sociale e mediazione penale: ruolo del mediatore e dei servizi dell'amministrazione della giustizia*, in "Minorigiustizia", , 2001, n. 3-4, pp. 129 e ss

SCARDACCIONE G., *Dalla centralità del reo al riconoscimento della vittima: come' cambiata la giustizia penale*, in "Mediaries", 2007, fasc. 10, pp. 49-68

SCARDACCIONE G., *Il modello ripartivo di giustizia: la sfida "impossibile" dell'applicazione ai reati di mafia*, in "Mediaries", 2007, fasc. 9, pp. 29-48

SCARDACCIONE G., *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, documento pdf

SCARDACCIONE G., BALDRY A., SCALI M., *La mediazione penale, ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Milano, Giuffrè, 1998

SCIVOLETTO C., *Riparazione e cura nella mediazione penale minorile*, in "Minorigiustizia", 2012, n. 1, pp. 377-387

SHAPLAND J., *Key Elements of Restorative Justice Alongside Adult Criminal Justice*, chapter 6, pp. 123-147 in KNEPPER P., DOAK J., SHAPLAND J.,

- Urban Crime Prevention, Surveillance and Restorative Justice, Effects of Social Technologies*, Taylor&Francis Group, LLC, 2000
- SHAPLAND J., *Implementing restorative justice schemes (Crime Reduction Program)*, A report of the first year, Home Office online, 2004, fasc. 32, in www.homeoffice.gov.uk (ultimo accesso gennaio 2016)
- SHAPLAND J., *Restorative Justice in Practice-findings from the second phase of the evaluation of the three schemes*, Home Office online, 2006, in www.homeoffice.gov.uk (ultimo accesso gennaio 2016)
- SHAPLAND J., *Restorative Justice: the View of Victims and Offenders, the third report from the evaluation of three schemes*, Ministry of Justice Research Series, 3/07, June 2007, in www.justice.gov.uk (ultimo accesso gennaio 2016)
- SHAPLAND J., *Does Restorative Justice Affect Reconviction? The Fourth Report of the Three Schemes*, Ministry of Justice Series, 10/08, June 2008, in www.justice.gov.uk/publications/research.htm (ultimo accesso settembre 2015)
- SHERMAN L. W., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007
- SIMEONI E., *Mediazione penale e giustizia riparativa: prospettive future sul nostro territorio*, in “Mediaries”, 2007, fasc. 10, pp. 83-103
- SOVILLA Z., *interviste: Nils Christie, contro il carcere e per una soluzione alternativa dei conflitti*, in www.nonluoghi.info, (ultimo accesso 2 Marzo 2015)
- SPEDICATO IENGO E., *Complessità sociale e gestione dei conflitti*, in “Mediaries”, 2007, fasc. 10, pp. 29-48
- STRANG H., BRAITHWAITE J., *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Ashgate, Dartmouth, 2000
- TIGANO S., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in “Rassegna penitenziaria e criminologica”, 2006, n. 2, pp. 25- 60
- TRAPPELLA F., BARDELLE F., *Il protocollo rodigino sulla messa alla prova per maggiorenni*, in “Cassazione Penale”, 2015, fasc. 9, pp. 3339-3347

TRISI F., *Giustizia riparativa ed esecuzione penale: l'applicabilità in ambito penitenziario*, in "Mediaries", 2007, fasc. 10, pp. 159-169

TURRI G., *La mediazione penale minorile: prospettive e implicazioni*, in "Minorigiustizia", 2005, n. 1, pp. 41-60

UMBREIT M. S., *The handbook of victim-offender mediation: an essential guide to practice and research*, Jossey Bass, 2000

UMBREIT, M.S., VOS, B. e COATES, *Restorative justice dialogue: Evidence-Based Practice*, R.B. January 1, 2006, Center for restorative justice & peacemaking. An international resource center in support of restorative justice dialogue research, and training, pdf document, in http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/PDFs/RJ_Dialogue_Evidence-based_Practice_1-06.pdf (ultimo accesso 10 giugno 2016)

VAN NESS D. W., *Restorative Justice in Prisons*, PFI Centre for Justice and Reconciliation Prison Fellowship International, in www.realjustice.org (ultimo accesso 10 giugno 2016)

VASSALLO A., *Brevi riflessioni in tema di mediazione penale a seguito di un recente incontro di studio*, in "Cassazione penale", 2006, fasc.7-8, pp. 2635-2643

VASSALLO A., *Primi passi verso una disciplina legislativa della mediazione*, in "Cassazione Penale", 2006, fasc.3, pp. 1129-1142

VENAFRO F. PIEMONTESE C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2004

VEZZADINI S., *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, CLUEB, 2007

VIANELLO F., *Diritto e mediazione. Per riconoscerne la complessità*, Milano Franco Angeli, 2006

VIANELLO F., *Per uno studio socio-giuridico della mediazione penale*, in "Sociologia del diritto", 1992, vol.2, fasc.26, pp. 81-93

VICOLI D., *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in "Cassazione Penale", 2015, fasc. 1, pp. 382-390

VINCIGUERRA S., *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, Cedam, 1992

WALGRAVE L., *Restorative Justice and the Law*, William Publishing, Davon, 2002

WEMMERS J. A., CYR K., *Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims Experiences in Mediation with Young Offenders*, in "Canadian Journal of Criminal Justice/ Revue Canadienne de Criminologie et the Justice Penal", 3 July 2005, n. 47, pp. 527-544

WEMMERS J. A., *Where they belong? Giving victims a place in the criminal justice process*, paper presented at the National Victims of Crime Conference, 23-24 September 2008, Adelaide Australia, in Forum 20 (4), 2009, pp. 395-416

WOOLF P., *How the restorative justice turned my life aroundf*, may 11/2008, www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/crime/article3907255.ece (ultimo accesso 10 giugno 2016)

WILCOX A., YOUNG R., HOYLE C., *An evaluation of the impact of restorative cautioning: findings from a reconvict study*, in www.crimereduction.homeoffice.gov.uk, PDF document, 2004

WRIGHT M., *Restorative justice: a new response to crime and conflict*, in "Mediares", 17-18, pp. 11-57

SITOGRAFIA

<http://catalogue.ulrls.lon.ac.uk/search~S6/>

www.devon.gov.uk

www.giustizia.it

www.homeoffice.gov.uk

www.istat.it

www.rassegnapenitenziaria.it

www.restorativejustice.org.uk

www.realjustice.org

<http://sfx.kcl.ac.uk/kings/az>

<https://wcd.coe.int>