

La mediazione de iure condendo

Francesca Tugnoli*

Riassunto

Nel contributo si analizza criticamente l'opportunità di inserire ipotesi di mediazione penale nel nostro sistema processuale. In particolare, dopo aver esemplificato alcuni casi espletati in Inghilterra, si esamina la *restorative justice* sotto il profilo della sua compatibilità costituzionale con il nostro sistema ordinamentale per verificare la sussistenza di un vero e proprio impedimento alla sua introduzione. Infine, stante l'assenza di ostacoli giuridici che ostino alla sua introduzione e poiché la scelta sul se della mediazione si baserà su mere ragioni di opportunità, viene prospettata una risistemazione del processo penale che includa al suo interno momenti specifici in cui le parti potrebbero chiedere di esperire le conferenze ristorative. Le soluzioni presentate si ispirano al sistema inglese che sapientemente vanta un grado di sviluppo significativo di tali istituti.

Résumé

Dans cet article, l'auteur propose une analyse critique de l'opportunité d'introduire des pratiques de médiation pénale dans le système processuel italien. En particulier, l'article fait référence à certains exemples britanniques de médiation pénale auteur-victime afin de montrer l'importance de ces pratiques. Ensuite, l'auteur examine la compatibilité des pratiques de justice réparatrice avec la Constitution Italienne dans le but de vérifier l'existence de raisons empêchant leur introduction.

Enfin, après avoir vérifié l'existence de cette compatibilité, et parce que le choix de l'introduction de ces pratiques dans la loi italienne serait déterminé par des raisons de simple opportunité, l'auteur présente des hypothèses de réunions de médiation qui pourraient être incluses dans le système processuel pénal italien, en s'inspirant du système anglais.

Abstract

In this article the author critically examines the opportunity to introduce restorative conferences in the Italian criminal proceeding. In particular, the article mentions some English examples of victim-offender mediation in order to show the importance of this procedure. Then, the author analyses the compatibility of restorative justice practices with the Italian Constitution; without this it would be impossible to even think about the practicability of victim-offender mediation.

At the end of the analysis, after having verified the perfect adaptability of this practice with the Italian Constitution and because its introduction in Italian law would be based on mere opportunity reasons, the author puts forward some hypothesis of mediation conferences to include in Italian criminal proceeding, taking inspiration from the English system.

*C'è rimedio al male? Al disordine che irrompe tra gli uomini e scompiglia i legami?
C'è rimedio oggi che gli dei non sostengono più i destini del mondo e il male non è più inserito in un disegno
supremo,
che ne tracci i confini, lo renda pensabile, addirittura necessario?
(BOUCHARD MIEROLO)*

*La vendetta ignora colpe, atteggiamenti mentali, stati soggettivi: sono i fatti che ledono l'onore, non le intenzioni.
È ai fatti che si reagisce, uccidendo o, se si vuol farlo, accettando una compensazione: come si dice spesso, per
indicare questa accettazione, "perdonando"
(CANTARELLA EVA)*

* Dottoranda di ricerca in "Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele", Università di Bologna.

1. Introduzione.

La seguente trattazione si propone lo scopo di analizzare criticamente l'opportunità di inserire ipotesi di mediazione nel nostro sistema processual-penalistico¹.

Le soluzioni proposte sono ispirate dalle corrispondenti scelte elaborate in Inghilterra, ordinamento particolarmente evoluto nel settore di cui trattasi.

2. Alcuni esempi di restorative justice.

Prima di entrare nel merito della questione, pare opportuno riferire alcuni esempi di *restorative justice* tratti dall'esperienza inglese per meglio comprendere l'opportunità di introdurre analoghe pratiche nel nostro ordinamento.

Il primo caso è di tale importanza da riportarne fedelmente - e quasi integralmente - la traduzione dei dialoghi. In particolare, trattasi della storia di Peter Wools², ladro di mestiere, che, grazie alla sua esperienza con la mediazione, ora collabora con la polizia per aiutare i rei nel percorso di *restorative justice*.

“Una sera mentre passeggiavo in una piazza a nord di Londra piena di piccole case, ne ho scelta una a caso. Camminando con aria indifferente, ho spostato il bottone della serratura per vedere quante mandate avesse. Si apre facilmente, mi dissi, c'è solo una serratura. Facendo leva sulla porta, ho spinto con decisione ed ero dentro. Alla fine delle scale, ho trovato un letto pieno di cose ed oggetti che potevo vendere velocemente.

¹ Nell'analisi che segue abbiamo volutamente omissa l'esposizione dei vantaggi e dei benefici che si conseguirebbero dall'introduzione di pratiche mediatricie nel nostro ordinamento, sia al fine di non appesantire ed allungare eccessivamente l'esposizione, sia in quanto oggetto di approfondita disamina letteraria non passibile di ulteriore approfondimento innovativo.

² Woolf P., *How restorative justice turned my life around*, in www.timesonline.co.uk, traduzione mia. Il racconto non verrà riportato integralmente per ragioni di brevità e verrà riferito solo di una delle due vittime che hanno partecipato all'incontro.

Normalmente questo tipo di lavoro richiedeva cinque minuti, ma questa volta ero lì da più di mezz'ora. Ancora mi domando perché 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 ragazzone dall'aspetto atletico. Avevo preparato una bugia, qualcosa di assurdo tipo un vicino. “Togliti dalla mia strada”, dissi, “Sto andando”. Mentre cercavo di andarmene, mi ha afferrato e ci siamo spintonati. 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 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 gliel'ho tirato in testa anche quello. Ero quasi fuori dalla porta, quando mi ha afferrato di nuovo. Fuori dalla casa, ci stavamo ancora spingendo e colpendo e lui urlava per chiedere aiuto. Stavo ragionando su 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”.

Mentre Peter si trovava in carcere a scontare la condanna per quel reato, ricevette la telefonata che cambiò per sempre il corso della sua vita. Un poliziotto, infatti, lo contattò per chiedergli se voleva incontrare le vittime di alcuni suoi reati e partecipare ad alcune sedute di mediazione.

“Ho pensato, ‘forse potrebbe essere carino chiedere scusa’, per anni non mi sono preoccupato di quello che provocavo nelle persone, ma da un po' avevo iniziato a provare rimorso. Non so perché. Qualcosa in me stava cambiando. Non sapevo reagire a questa nuova situazione”. “Onestamente c'è un'altra ragione che mi ha spinto ad accettare: per rompere la noiosa e monotona routine della vita carceraria. Sono stato in prigione per 18 anni, dentro e fuori, ed è incredibilmente noioso”.

Peter iniziò a delinquere quando era ancora molto giovane. A sette anni, infatti, dopo aver preso dei soldi dalla mensola del camino, suo nonno gli spiegò che quando aveva la sua età, se voleva qualcosa, andava in un negozio, rompeva la vetrina e se la prendeva. Fu così che Peter iniziò a rubare. Peter era contento di fare il ladro; vedeva la prigione come un luogo dove andare ogni tanto, drogarsi, restare per un periodo, per poi tornare a casa e ricominciare tutto da capo.

Il giorno in cui decise di incontrare due delle sue vittime era agitato e non sapeva nemmeno raffigurarsi precisamente il motivo della propria scelta. Una volta raggiunta la stanza dell'incontro³, fu il primo a parlare. Raccontò com'era entrato nella casa e, mentre stava liberamente parlando, disse: "when we met". L'espressione utilizzata fece infuriare ferocemente la vittima (William) che inveì contro di lui, creando un momento di pura tensione, necessaria, tuttavia, per la successiva e proficua evoluzione delle sedute. Will, infatti, da quel momento, riferì dello stress subito e dello stato di continua angoscia che gli aveva provocato il reato; sentiva, in particolare, di non poter più proteggere la sua famiglia e la sua casa, emozioni che gli provocavano un senso di angoscia profonda e di rabbia. Dopo essere stato derubato era, difatti, caduto in depressione, ma, affrontare il rapinatore gli stava finalmente permettendo di superare lo shock. Dopo tanto tempo, si stava sfogando in modo libero ed incontrollato, così esprimendo tutto ciò che l'aveva oppresso in quel periodo⁴.

³ Le sedute di mediazione, in questa circostanza, si sono svolte direttamente in carcere.

⁴ "Stavo giusto preparando le mie cose della palestra 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

Quando Will fu contattato dal mediatore della Polizia accettò immediatamente di partecipare all'incontro⁵. Tuttavia, non appena entrò nella prigione, provò un sentimento di disgusto, soprattutto dopo che Peter, riferendo dell'aggressione, si espresse nel modo predetto. La mediazione, tuttavia, gli permise di spiegare al reo che non si erano incontrati in un bar, ma che Peter era entrato in casa sua e l'aveva colpito in testa, manifestando così i suoi sentimenti di frustrazione sofferti a causa della costante sensazione di non poter proteggere la propria famiglia.

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. Volevo rimanere solo in una stanza della casa; volevo difendere la mia famiglia invece gli lanciavo cose e poi le riprendevo indietro. In quel momento, lui è corso in 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 lasciato. 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 insistevo nella difesa. Quando uscimmo finalmente dalla casa, 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 potesse essere la classica depressione. La tua casa è l'unico posto dove ti senti realmente sicuro e non era più così".

⁵ Uno dei presupposti per poter praticare la mediazione è il consenso delle parti, dato che in assenza del quale non vi può essere alcun incontro. Inoltre è indispensabile la condivisione circa l'esistenza del reato; non è necessario che vi sia concordanza su ogni elemento della fattispecie tipica, ma è indefettibile che almeno vi sia l'accordo circa il fatto che il reato sia stato commesso e sulle modalità di realizzazione dello stesso.

“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. Le persone pensano che la restorative justice sia facile, ma non è così. E’ 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 un’opzione facile per i criminali, ma è buona per le vittime. Nei tribunali, il giudice è al centro, poi ci sono la giuria, gli avvocati e l’imputato. A destra in alto nella galleria c’è la vittima, la persona che ha più sofferto a causa del crimine. Nella restorative justice, c’è la vittima, con i suoi cari, al centro della stanza che parla con il reo. E le vittime possono finalmente chiedere: ‘Perché l’hai fatto?’”.

Alla fine dell’incontro, Will chiese a Peter di scrivergli ogni sei mesi cosicché gli raccontasse dei progressi che avrebbe fatto per ricominciare una nuova vita all’insegna della legalità. Peter si sentiva umiliato: *“questi uomini che avevo aggredito si protendevano verso di me. Sembravano preoccuparsi per me e non c’era ragione di farlo. Ed era questo che contava, volevo che fossero orgogliosi di me”.* Peter, da quel momento, ha davvero cambiato la sua vita. Scrisse subito alle sue vittime e Will gli rispose chiedendogli come si sentiva e cosa stesse facendo⁶.

Poco dopo, Peter iniziò a seguire un corso di consulenza e incontrò una donna chiamata Louise che diventò sua moglie. Al matrimonio, Kim Smith, il mediatore, fu il suo testimone di nozze. Successivamente, Peter partecipò anche alla cena per la pensione di Will.

⁶ *“Forse ho pianto quando ho letto la lettera, nessuno mi aveva mai chiesto come mi sentivo o aveva voluto*

Ora Peter e Will lavorano insieme per combattere il crimine. Peter, infatti, collabora con la *Metropolitan Police* occupandosi dei progetti di *restorative justice* e frequentemente Will lo assiste.

Il secondo caso⁷ concerne un’ipotesi di omicidio colposo perpetrato da un ragazzo di 17 anni, Jimmy, ai danni di un suo amico e coetaneo, Gary. Il reato si è consumato a casa della nonna di Gary, dopo una breve colluttazione tra i due giovani in cui Gary rimase ucciso cadendo dalle scale. Sharon, la sorella della vittima, era anche la fidanzata del reo. Durante il periodo di permanenza in prigione, Jimmy aveva provato a mettersi in contatto con Sharon inviandole più volte alcune lettere. L’eventualità che la relazione tra i due potesse continuare preoccupava profondamente gli altri membri della famiglia. In particolare, Eileen, la zia della vittima, voleva contattare Jimmy per scoprire se fosse ancora fidanzato con sua nipote. I mediatori le avevano suggerito di inviargli una lettera con la quale far sapere al ragazzo come il reato avesse afflitto tutta la sua famiglia e come si sentissero a causa sua. Quando i mediatori si recarono in prigione, trovarono un ragazzo scosso, che rispondeva a monosillabi. Non appena costui lesse le parole di Eileen le volle immediatamente rispondere per farle sapere che l’omicidio era stato solo un tragico incidente e che anche Sharon, la sorella della vittima, era coinvolta nel tragico evento. I mediatori chiarirono alla famiglia che Jimmy non voleva far trasparire l’idea che lui non fosse responsabile per il reato, ma, piuttosto, che il

sentire da me una risposta sincera prima d’ora” (Woolf P., *op.cit.*, p.3, traduzione mia).

⁷ Crosland P., Liebmann M., “40 cases. Restorative justice and victim-offender mediation”, *Mediation UK*, October 2003, case 34.

tragico evento era accaduto per una ragione che non si poteva spiegare senza ferire profondamente tutte le persone coinvolte. Tuttavia, è stato grazie alla lettera che Sharon scrisse dopo un breve periodo a Jimmy che si poté definitivamente superare il trauma subito a causa del reato. Infatti, in quella missiva, la ragazza finalmente ammise il suo coinvolgimento nella vicenda, così permettendo a Jimmy di superare l'ossessione che aveva sulla sua non completa responsabilità della morte di Gary. Tale oppressione, infatti, non gli permetteva di riprendere il contatto con la realtà ed iniziare a lavorare sul suo futuro. Da quel giorno Jimmy cambiò totalmente atteggiamento passando da un quasi assoluto riserbo e chiusura ad una solarità ed ilarità ormai da tempo sopita. La procedura ha avuto effetti estremamente positivi anche sulla zia Eileen che è riuscita a superare il trauma a tal punto da essere contenta che la comunicazione tra i due ragazzi si fosse riaperta. Il cammino è durato nove mesi ed è stato talmente efficace da permettere alle persone coinvolte di ritornare ad avere un'esistenza normale, priva di risentimenti e di rancori.

L'ultimo caso⁸ è particolarmente toccante e ha coinvolto quattro ragazzi giovanissimi. Il reo, Lee, aveva 15 anni al momento del fatto ed era probabilmente rimasto traumatizzato dalla recente separazione dei suoi genitori, molto più di quanto i suoi familiari si fossero accorti fino a quel momento. La vittima, Katie, aveva 12 anni ed il giorno dell'aggressione giocava nel parco con due amici, Claire e Daniel. Lee li osservava arrabbiato perché pensava lo stessero schernendo in quanto aveva perso la sua pallina da golf. Tale circostanza del tutto assurda se narrata, ma

evidentemente profondamente determinante in un ragazzo psicologicamente disturbato, lo portò ad aggredire i tre ragazzini. Lee, furioso, infatti, intimò Claire e Daniel di andare a casa, ma Katie gli rispose che dovevano rimanere tutti insieme e gli propose di aiutarlo a ritrovare la sua pallina. Lee si arrabbiò a tal punto che iniziò a picchiare Daniel ed ordinò a Claire di raccogliere il maggior numero di bastoni che trovasse. Lei, spaventata, iniziò con il prendere quelli più vicini a Daniel. Fu allora che Lee li minacciò di ucciderli nel caso in cui avessero raccontato a qualcuno l'accaduto. Lee, poi, disse a Katie di seguirlo nel vicino cespuglio in modo che fossero parzialmente nascosti dagli altri e le ordinò di baciargli. Lei rifiutò. Lui le chiese spiegazioni sul suo rifiuto e le promise di lasciarla libera se lei avesse acconsentito a baciargli. In realtà, approfittando della debolezza della bambina, iniziò a violentarla imponendole di masturbarla e di fare sesso orale. Dopo lo stupro si definì soddisfatto dell'esperienza. I tre bimbi, una volta tornati a casa, trovarono il coraggio di raccontare l'accaduto ai loro genitori che denunciarono il fatto alla polizia. Lee fu identificato poco dopo e condannato a tre anni di detenzione. Fu proprio Katie che, appena un anno dopo l'accaduto, chiese di poter incontrare Lee. Sentiva di doverlo vedere e porgli delle domande che l'affliggevano profondamente e che, probabilmente, le avrebbero permesso di superare il trauma. Lee si dimostrò disponibile, era felice di poterla aiutare in qualche modo. Durante l'incontro Katie pose 16 domande, a cui Lee rispose sinceramente ed in modo esauriente. La mamma di Katie, poi, con il permesso della ragazzina, raccontò i momenti difficili trascorsi dopo la violenza che avevano causato delle alterazioni profonde nello stile di

⁸ *Ibidem*, case 38.

vita di sua figlia al punto da non volere nemmeno che la madre l'aiutasse a farsi il bagno o la vedesse svestita. 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 di ristorazione e la mamma di Katie gli augurò 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 una lettera ai mediatori ringraziandoli per il lavoro svolto e raccontando loro che, finalmente, sua figlia era tornata alla normalità e aveva superato il trauma, dimenticando quanto accaduto.

L'importanza della mediazione pare evincersi chiaramente negli esempi appena citati. Quello che si è cercato di dimostrare, tra le altre cose, è la circostanza per cui gli incontri tra le parti durante il percorso di *restorative justice* permettono di raggiungere, in un crescendo di emozioni, un *climax* fatto di rabbia, rancore e sofferenza a partire dal quale gli interlocutori cominciano veramente il percorso che li porterà a superare le affezioni causate dal reato e ad affrontare il seguito degli incontri in modo nuovo. È, infatti, solo e proprio a partire da quel momento che si assiste al cambiamento. Prima è solo una confusa nube di emozioni che si affastellano e abbisognano di essere portate alla luce. Senza i mediatori che sapientemente guidano questo percorso non si potrebbe ottenere la "chiarificazione", senza la mediazione non sarebbero possibili analoghi risultati nel normale percorso di rieducazione carceraria. Per questo motivo non è pensabile credere in una reale capacità di recupero del reo tramite il modello rieducativo classico.

3. La Carta Costituzionale: profili di compatibilità.

La norma attorno alla quale ruotano la maggior parte delle discussioni circa l'ammissibilità di pratiche ristorative nel nostro sistema processual-penalistico è l'articolo 112 della Costituzione che sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Seppur lodabile negli intenti - in quanto dogma volto a garantire che tutti i cittadini ricevano uguale trattamento di fronte ad un *factum criminis*⁹ - tuttavia, nella pratica, rappresenta un precetto di impossibile adempimento¹⁰: i procuratori sono, infatti, nella impossibilità

⁹ Il pubblico ministero, infatti, a fronte di una notizia di reato è obbligato ad iniziare le indagini senza che la sua scelta sul *se* o sul *quomodo* intervenire possa essere influenzata da alcun criterio di opportunità ovvero di merito.

¹⁰ "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 una .. 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". 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 scelte oggettive (Maddalena M., "Ossequio formale od obbedienza reale? L'obbligatorietà dell'azione penale", *Critica Penale*, Sesta Serie, 2007, fascicolo 1, pp. 5-26). Invece di accettare tale situazione di "implicita non applicazione" come dato di fatto, occorrerebbe piuttosto trovare quelle strategie che siano il più possibile compatibili con tale principio e allo stesso tempo, introducano un elemento di oggettivizzazione di tali scelte. In un clima di accettazione dell'impossibile, l'introduzione della mediazione o di pratiche nuove che siano in parte contrastanti con tale principio, non sarà poi così tanto una stonatura.

materiale di rispettare l'obbligatorietà ivi consacrata. Tale inottemperanza, seppur causata da ragioni oggettive¹¹, integra un reale, seppur malcelato, diniego di giustizia ai cittadini¹².

Per far fronte a questo *deficit* di tutele si può intervenire con soluzioni più confacenti alla norma *de quo* che siano comunque funzionali al rispetto del principio in essa garantito: la mediazione rappresenta una di queste possibilità¹³. Quanti ritengano che la giustizia ristorativa non sia un istituto compatibile con il suddetto principio rimangono ancorati a letture statiche ed ascritte ad una logica di antichi fasti di un passato non poi così lontano¹⁴. Costoro, infatti, ritengono

¹¹ Tra le principali possiamo ricordare per esempio "l'ipertrofia" del sistema penale, peraltro contraria al principio del diritto penale quale "extrema ratio". Con il termine di "ipertrofia" si indica l'eccessiva estensione del diritto penale. La triste prassi si evince dal fatto sconcertante che il diritto criminale attualmente copre qualsivoglia settore esistente del diritto, anche casi in cui i beni giuridici protetti dalla fattispecie incriminatrice non siano di tale importanza da meritare la tutela penalistica. A questa problematica si aggiungono altresì la scarsità di personale e di risorse ed una cronica inefficacia nel funzionamento delle burocrazie amministrative cui gli uffici giudiziari ne sono una perfetta esemplificazione.

¹² La situazione è doppiamente pericolosa: in primo luogo, in quanto violazione *ex se* di una prescrizione costituzionale, in secondo luogo, perché ciò viene legittimato *ex post* stante la constatazione dell'impossibilità di fare altrimenti. In queste ipotesi, infatti si passa da un'illegittimità reale e assolutamente significativa ad una sorta di legittimazione per "impossibilità sopravvenuta".

¹³ L'altra possibilità consisterebbe nell'introdurre il principio di facoltatività dell'azione penale; ipotesi non peregrina e, soprattutto, da non sottovalutare in quanto particolarmente efficace in relazione alla riduzione del carico giudiziario.

¹⁴ La maggior parte di coloro che sono ancora legati al principio di obbligatorietà sono in massima parte ascritti ad un'idea di estremo garantismo costituzionale di cui la norma ne costituisce una perfetta rappresentazione. A queste obiezioni si aggiungono preoccupazioni di ordine operativo. Si teme, infatti, che voltando il sistema alla discrezionalità, si indurrebbe il pubblico ministero a scelte basate su ragioni di convenienza influenzate dal barone di turno, con il rischio di spingere la giustizia in un baratro ancor più profondo. A costoro si possono presentare ben due

che una mediazione esperita efficacemente nel corso delle indagini preliminari, portando all'archiviazione definitiva del procedimento, impedirebbe l'adempimento dell'art. 112. In realtà, se si optasse per un'interpretazione per così dire "illuminata" del principio *de quo*, si potrebbe diversamente sostenere che se vi fosse un'esplicita previsione della mediazione quale meccanismo di soluzione alternativa delle controversie penali, non solo si adempirebbe al principio di obbligatorietà, ma altresì a quello di riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost.). In particolare, quando l'incontro di mediazione riesce, le parti raggiungono un accordo che solitamente è diretto a ristorare la vittima per le conseguenze pregiudizievoli scaturite dal reato. Tale obbligazione, seppur sprovvista dell'afflittività che di solito caratterizza la sanzione penale (e questo non si può in alcun modo considerare un male, anzi, tutt'altro), rappresenta comunque una modalità, seppur differente, di esperire l'azione penale in quanto il

obiezioni. Innanzi tutto, la modificazione di una norma costituzionale non implica per ciò stesso una totale abnegazione dei principi che sono completa attuazione del disegno costituzionale globale. Infatti, seppur introducendo la facoltatività dell'azione penale, purtuttavia si potrebbe conservare inalterata l'organizzazione del sistema giudiziario, così confermando il rispetto dei principi che ne tutelano l'autonomia e l'imparzialità ovviando a quanti temono che, diversamente, il pubblico ministero verrebbe soggiogato a meccanismi di imposizione e di potere. Situazione diversa, invece, laddove parallelamente all'introduzione della discrezionalità si optasse per la separazione delle carriere. Lì si che i rischi sarebbero maggiori e pericolosi.

In secondo luogo, anche la discrezionalità potrebbe essere accompagnata da ulteriori cautele quali, ad esempio, la previsione esplicita, e possibilmente a livello costituzionale, di linee guida per orientare il Pubblico Ministero in fase di selezione di quali reati perseguire e con quali modalità. In questo modo, i pericoli ed i dubbi per il cambiamento - almeno i principali - potrebbero essere fronteggiati e superati e

reato non rimane impunito. Si può di conseguenza affermare che la mediazione non si pone in una logica di rinnegazione del principio in esame, ma, più propriamente, si esaurisce in una sua diversa applicazione. Optando per questa soluzione si avrebbe “*un’applicazione non rigorosa del principio di obbligatorietà*” grazie alla quale il pubblico ministero potrebbe legittimamente 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*”¹⁵. Quest’ultima soluzione potrebbe essere ulteriormente legittimata richiamando alla mente una pronuncia della Corte Costituzionale in cui si è affermato il principio secondo il quale il “*processo non deve essere instaurato quando si riveli sostanzialmente superfluo*”¹⁶. Questo è sicuramente il caso in cui la mediazione ha avuto esito positivo dopo che sia stata esperita durante le indagini preliminari. In tali ipotesi, infatti, il processo non avrebbe ragion d’essere poiché la sua funzione - perseguire l’interesse pubblico ad una generale repressione dei reati¹⁷ - sarebbe già stata soddisfatta dalla pratica ristorativa che, in aggiunta, avrebbe anche un’utilità specifica per le parti e, più in particolare, per la vittima che, per la prima volta, otterrebbe un ristoro. Le esigenze che si perseguono nel giudizio ordinario (quali, ad esempio, l’interesse pubblico a punire chi offende

non si dovrebbe più temere per la eventuale innovazione.

¹⁵ Patanè (non c’è l’indicazione del titolo dell’articolo) in Mestiz A. (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004

¹⁶ Corte Costituzionale, sentenza numero 88 del 15 febbraio 1991, *Giurisprudenza Costituzionale*, p. 591.

¹⁷ A ben vedere, l’interesse alla “generale repressione dei reati” sarebbe comunque garantito dalla presenza di un accordo conclusivo che dispone, nella maggior parte dei casi, una punizione per il reo.

beni giuridici particolarmente significativi, necessità di una pena che sia rieducativa, celerità nella conclusione dei processi, giusto processo) sarebbero raggiunte proprio per il tramite dell’intervenuta mediazione, diventando così superflua ogni ulteriore azione dell’Autorità giudiziaria in tal modo 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”¹⁸.

Tale ultima soluzione prospettata avrebbe altresì l’effetto di consentire l’attenuazione della discrasia esistente tra il precetto e l’istituto in esame, così legittimandone definitivamente una sua eventuale introduzione.

Un’ulteriore opzione ermeneutica, funzionale a rendere la mediazione compatibile con il principio di obbligatorietà, potrebbe essere quella di inserire l’istituto in esame tra le cause tipizzate che consentono la declaratoria di estinzione del reato. Infatti, laddove la pratica avesse esito positivo, il giudice lo potrebbe dichiarare estinto proprio per l’intervenuta mediazione tra le parti, similmente a quanto accade con la messa alla prova dei minori¹⁹ così evitando *tout court* l’apertura del

¹⁸ Tigano S, “Giustizia riparativa e mediazione penale”, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2006, p. 14.

¹⁹ Nel caso della messa alla prova minorile è previsto che il giudice sospenda il processo dando al minore un

processo; questo almeno per i reati di minore gravità. Diversamente, nel caso di offese più significative, come vedremo nel prosieguo della trattazione, anche laddove venisse espletata efficacemente la procedura, non verrebbe meno l'opportunità di instaurare il procedimento ordinario e la mediazione potrebbe rappresentare al più un elemento utile per il giudice per stabilire la pena più congrua, così affiancandola ai criteri di cui all'art. 133 c.p., ovvero per comminare nuove sanzioni che ne recepirebbero i risultati²⁰.

È opinione di chi scrive, dunque, ritenere che sarebbe da privilegiare una “*discrezionalità formalizzata rispetto ad un'obbligatorietà solo formale*” dell'azione penale²¹, ossia accettare un'interpretazione più elastica del principio in esame piuttosto che rimanere ancorati ad un'ideale utopico in quanto irraggiungibile. A tal fine potrebbe essere illuminante la soluzione prospettata dall'ordinamento austriaco che vanta, in una realtà simile alla nostra - in quanto opera in un terreno di obbligatorietà dell'azione penale - un grado di sviluppo dell'istituto della *restorative justice* di notevole rilievo. L'opzione prescelta non è esente da alcune criticità di fondo, pur rappresentando un primo tentativo verso scenari innovativi e di buon livello. In Austria, infatti, la mediazione viene vista quale tecnica di *diversion*

periodo di tempo durante il quale lo stesso dovrà espletare determinate attività funzionali al suo recupero e alla sua rieducazione. Nel caso si esito positivo della prova, il giudice dichiara il reato estinto. La messa alla prova rappresenta l'unico espediente tramite il quale sono state sperimentate ipotesi di mediazione nel nostro Ordinamento. In particolare, su suggerimento degli assistenti sociali, il giudice può inserire, tra le varie prescrizioni oggetto della messa alla prova, solo tuttavia in presenza di specifico assenso delle parti, anche il tentativo di mediazione.

²⁰ L'argomento verrà meglio approfondito nel seguito della trattazione.

²¹ Tigano, *op.cit.*, p. 14.

e presuppone un preventivo accordo tra il reo e il Pubblico Ministero necessario e funzionale a chiudere definitivamente la vertenza e per consentire l'accesso alla mediazione. In aggiunta sono previsti una serie di requisiti che ne evidenziano chiaramente la ristretta operatività. Tra questi, a nostro avviso, riveste particolare significato la limitazione della sua esperibilità ad un circoscritto catalogo di reati. Più in particolare, sono suscettibili di riscontro positivo solo le offese punite con la sanzione della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni²² risultandone esclusi, per esempio, tra gli altri, l'omicidio colposo ed i reati che presuppongono la cosiddetta colpa grave, l'equivalente del nostro dolo²³.

Conclusivamente, accettando interpretazioni ermeneutiche ascritte ad una logica di innovatività, si arriva pacificamente ad affermare la compatibilità della mediazione rispetto al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Un'ulteriore disposizione costituzionale che viene richiamata per osteggiare l'introduzione della mediazione nel nostro ordinamento è l'art. 27, 2° c Cost. che, come noto, postula il principio della presunzione di non colpevolezza dell'imputato fino alla conclusione del processo²⁴. In

²² La gran parte delle ricerche empiriche fatte nel settore ha dimostrato che la mediazione aiuta le vittime a superare il trauma subito dal reato soprattutto se praticata nei confronti di persone che hanno subito offese particolarmente significative. Per un approfondimento della tematica cfr. 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; Sherman L. W., Strang H., *Restorative justice: the evidence*, published on the Jerry Center of Criminology, University of Pennsylvania, 2007.

²³ Ministero della Giustizia, atti del convegno conclusivo del progetto Me.D.I.A.Re, 2004.

²⁴ Ruggieri F., “Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile”, in Picotti L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale*

particolare, si teme che, laddove la mediazione abbia esito negativo, sussista il rischio che il giudice fondi il proprio convincimento sull'implicita ammissione di colpevolezza che il reo ha fatto nel momento in cui ha deciso di aderire alle predette pratiche. Per ovviare a tali problematiche i "principi minimi" dell'ONU e la Raccomandazione del Consiglio d'Europa (99) numero 19 sulla mediazione hanno sancito espressamente il divieto per il giudice di fondare il proprio convincimento su tali elementi, imponendogli di seguire le normali regole probatorie per decidere sulla responsabilità dell'imputato. L'esito negativo della mediazione, dunque, non può formare oggetto di alcuna valutazione o essere parte del convincimento del giudice. Le sopracitate norme, infatti, operano proprio in tal senso laddove obbligano il mediatore a riferire al giudice solo quanto assolutamente necessario per riaprire il procedimento (o chiuderlo) e secretare il restante materiale oggetto del suo fascicolo. In questo modo, il magistrato si limita a constatare l'avvenuta/tentata mediazione e decide, a seconda del risultato della stessa, se continuare o meno con il procedimento, in perfetta attuazione dell'articolo 27, 2° comma della Costituzione. A ben vedere, la medesima soluzione sarebbe altresì ottenibile applicando i rimedi previsti dal nostro codice di procedura penale nella parte in cui disciplina il cosiddetto diritto al silenzio (artt. 62, 64, 65 c.p.p.)²⁵. Tali norme, in particolare, impongono di rispettare il diritto dell'imputato a non rendere dichiarazioni circa la propria

responsabilità. Se il reo decidesse di partecipare alle pratiche mediatorie, la sua volontà in tal senso non potrebbe per ciò stesso avere valore di una confessione e, conseguentemente, il reo potrebbe continuare ad esercitare il diritto di tacere in ordine alla propria responsabilità. E così anche «*le dichiarazioni comunque rese (..) non possono formare oggetto di testimonianza*» (art. 62 c.p.p.). Nel caso della mediazione, dunque, qualunque affermazione resa dal reo nel corso delle pratiche sarebbe ad esclusivo appannaggio delle parti e del mediatore, rimanendo oggetto del materiale secretato di cui sopra. Il reo, inoltre, può e deve scegliere autonomamente e liberamente di voler partecipare alle procedure di cui si discute. E se, per potervi partecipare, deve esservi concordanza circa gli elementi più significativi del reato, questo non comporta - né potrebbe altrimenti comportare - per ciò stesso alcuna conseguenza circa l'esito del processo ordinario - in caso di esito infausto della procedura - in quanto, all'opposto, si violerebbero i più elementari canoni di civiltà giuridica. Infatti, diversamente ragionando, vi sarebbe un'implicita coartazione della volontà del reo, il quale sarebbe indotto a non partecipare alla pratica per paura che, la mancata riuscita della stessa, si potrebbe riverberare sulla valutazione della sua colpevolezza nel successivo procedimento. Principio questo, altrettanto imposto dall'articolo 64 c.p.p.²⁶, oltre che dall'art. 27 comma 2 della Costituzione sopra citato. Come visto, sia mediante il richiamo alla disciplina sovranazionale, sia con il rispetto delle

minorile, Cedam, Padova, 1998, Mannozi G., *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003, Tiganò S., *op.cit.*

²⁵ Mannozi G., *op.cit.*

²⁶ Art 64,2°c cpp: «*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*».

disposizioni del nostro codice di rito, si ovvierà a qualsiasi asserita incompatibilità dell'istituto con la presunzione di innocenza, venendo così meno ogni ulteriore ostacolo all'introduzione della mediazione nel nostro ordinamento.

Il principio di riserva assoluta di legge esistente in materia penale *ex art. 25 Cost.* risulterebbe facilmente rispettabile se si introducessero specifiche disposizioni codicistiche e legislative sulla mediazione. La riserva assoluta di legge riguarda altresì le sanzioni penali²⁷. Per adempiere a tale ultimo precetto occorrerà ipotizzare un ventaglio di sanzioni che siano fisse nell'impianto generale, ma sufficientemente elastiche nelle modalità attuative cosicché le parti - ed il mediatore - possano operare con la necessaria mobilità e versatilità tipica di queste pratiche. L'esempio dell'Inghilterra in questo settore è particolarmente illuminante. Il giudice può, infatti, emettere un provvedimento, il *Community Order*, accanto alle più tradizionali sanzioni della multa e della reclusione. La predetta pena è caratterizzata da un'estrema flessibilità ed elasticità in quanto riempibile con i più disparati contenuti quali, ad esempio, programmi di recupero e di riabilitazione per alcool e tossicodipendenti, lavoro gratuito a favore della comunità o della vittima, attività a favore delle persone offese dal reato, etc. Se si introducesse anche nel nostro ordinamento una sanzione analoga, si potrebbe ottenere un duplice obiettivo: da un lato, rispettare il principio di riserva assoluta di legge e, dall'altro lato, avere una sanzione nuova perfettamente in armonia con i presupposti della mediazione penale.

²⁷ Tigano S., *op.cit.*

Un ultimo dubbio di legittimità costituzionale potrebbe essere paventato in relazione al rispetto del divieto di non discriminazione *ex art 3 Cost.*²⁸. Anche tali obiezioni, a nostra opinione, non hanno alcuna ragion d'essere. L'asserita disparità di trattamento si concreterebbe laddove alcuni imputati venissero ammessi a partecipare alla mediazione, in quanto la vittima vi acconsentisse, rispetto a coloro i quali, dall'altro lato, ne fossero esclusi, laddove la vittima vi fosse opposta. A ben vedere, in tali circostanze, non si assiste ad alcuna discriminazione. Infatti, se è vero come è vero che il reo che subisce il giudizio ordinario subisce una condizione meno favorevole di quanti siano ammessi alle conferenze di ristorazione, tuttavia, in queste ipotesi, non si può ritenere sia perpetrata una discriminazione in quanto tutti, e sottolineo tutti, gli imputati e le vittime sarebbero messi nella stessa astratta possibilità di partecipare alle conferenze. Se poi la pratica non avesse luogo, ciò non la trasformerebbe per ciò stesso in una procedura illegittima. Diversamente operando la mediazione verrebbe imposta coartando la volontà delle parti. La legittimità di una procedura rimane tale fino a che la possibilità è astrattamente offerta a tutti gli interessati e questi hanno la concreta facoltà di decidere il se e il quando della mediazione.

Dall'analisi delle norme costituzionali appena svolta si può affermare che la mediazione, non essendo osteggiata da alcun precetto, risulterebbe

²⁸ Per un approfondimento sull'argomento vedi in particolare: Ashworth A., "Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State", in *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, vol. 6, n. 1, 1986, pp. 86-122, che affronta ampiamente le diverse ipotesi di discriminazione che potrebbero paventarsi in ordine all'introduzione di forme ristorative all'interno dei diversi Ordinamenti penali.

una scelta perfettamente percorribile dal legislatore e, pertanto, sarebbe opportuno iniziare concretamente a ragionare sulla possibilità di introdurre reali ipotesi di *restorative justice* nel nostro ordinamento.

4. Un nuovo procedimento in una prospettiva *de iure condendo*.

Una volta appurata la compatibilità costituzionale della mediazione, non resta che ipotizzare un procedimento penale che includa al suo interno ipotesi di mediazione praticabili quali forme alternative e/o parallele al giudizio ordinario.

Prima di scendere nel merito della questione, tuttavia, pare opportuno tracciare brevemente le linee generali delle procedure sviluppate in Inghilterra che hanno ispirato la presente trattazione²⁹. Anzitutto va preliminarmente sottolineato come il *prosecutor* non sia vincolato al principio di obbligatorietà, nonostante sia il titolare dell'azione penale, in quanto egli è legittimato - o meglio obbligato - ad operare una valutazione di merito e di opportunità sulla scelta del *se* perseguire quel determinato reato in vista della tutela del preminente interesse pubblico. Ma non è il solo. Infatti, anche la polizia, nel corso delle indagini, effettua analoghe considerazioni prima di scegliere se inviare il caso al pubblico ministero. La *metropolitan police* è la prima istituzione legittimata ad esperire tentativi di mediazione denominati *restorative caution*. In particolare, laddove non ritenga di riferire il caso al pubblico ministero perché, per esempio, di scarsa significatività e dunque soccombente

²⁹ In particolare, occorre sottolineare come le scelte operate in quel sistema sono state facilitate - e ciò ne un precioso elemento caratterizzante le stesse - dal regime di *common law* in cui opera quell'ordinamento.

rispetto alla tutela del predetto interesse pubblico, può, per responsabilizzare il reo del gesto commesso, proporre alle parti di incontrarsi e tentare una mediazione. Gli studi hanno dimostrato, tuttavia, la minor efficacia di tali procedure³⁰. Se invece il caso viene riferito al pubblico ministero le ipotesi che si profilano sono tre: la polizia può esperire la conferenza rimatoriva prima di inviare il caso alla pubblica accusa; ovvero può essere lo stesso pubblico ministero a tentare la mediazione prima di inviare il caso al giudice; ovvero, infine, la pratica può essere tentata tra l'ammissione di colpevolezza del reo e la decisione finale del tribunale³¹. A ben vedere, la mediazione è valorizzata quanto più possibile in questo ordinamento, al punto che si ritiene opportuno esperirla in ogni momento del procedimento ed in ogni fase, per ogni tipo di reato - anche per i più gravi - ed in qualsiasi contesto, ovvero ogniqualevolta se ne ravvisi la sua

³⁰ Per un approfondimento cfr. Wilcox A., Young R., Hoyle C., *op.cit.*

³¹ In Inghilterra l'unico limite cui sottostà la mediazione è il *plea guilty* dell'imputato, ossia la sua ammissione di colpevolezza. Diversamente il reo non può partecipare alla procedura. In questo ordinamento viene incentivata moltissimo l'ammissione di colpa. Infatti, oltre alla previsione di sanzioni molto meno gravi, sia in termini di afflittività che di tipologia di pena, vi è anche la possibilità di accedere alla mediazione, possibilità, come detto, preclusa a chi si professa innocente. Tale fede assoluta nella capacità delle prove, che non possono dare scampo a chi ha sbagliato, si concilia con l'idea che l'interesse pubblico superiore è altresì tutelato nel risparmio di tempo, di spese e di energia che consegue ad una immediata ammissione di responsabilità. Ovviamente, un sistema come questo non esclude in assoluto la possibilità di errori e che un imputato si senta coartato nell'ammettere la propria colpevolezza, ancorché creda nella sua innocenza, per paura di ripercussioni. La scelta di limitare l'accesso alla *restorative justice* solo a chi si professa colpevole è altresì in sintonia con i presupposti stessi della mediazione che impongono quantomeno la concordanza tra le parti circa gli elementi più significativi della fattispecie tipica e sull'esistenza del reato, ancorché non imponga una vera e propria confessione.

praticabilità. Particolare significato riveste la possibilità che il giudice moduli le relative sanzioni a seconda dell'esito della pratica, ridimensionandole verso il basso in caso di condanne custodiali, ovvero scegliendo di riempire con le attività richieste dalla vittima il *community order* di cui si è detto. Frequentemente, poi, le persone offese intervengono nel processo per chiedere al tribunale di tenere conto degli esiti della mediazione - quando efficacemente esperita - per ridurre il trattamento sanzionatorio complessivo. In conclusione, si può notare il favore con il quale l'ordinamento inglese vede questa tipologia di pratiche e come, per favorirne il più possibile l'esperibilità, ne abbia adeguato l'impianto complessivo per accoglierne gli esiti ed incentivarne maggiormente la praticabilità. Per questo motivo è stata altresì estesa la possibilità di ricorrere alla mediazione, ancorché ne venga in parte snaturata la sua sostanza, anche in una fase successiva, laddove il reo ha terminato il percorso punitivo e sta per essere rimesso in libertà. Anche questa eventualità evidenzia ancora una volta l'estensione di tali procedure in questo sistema ed il favore con il quale non solo il legislatore, ma anche gli operatori giudiziari vedano la mediazione.

Per quanto concerne il nostro sistema, invece, ad avviso di chi scrive, sarebbe opportuno introdurre casi di mediazione già durante le indagini preliminari. Una prima possibilità sarebbe quella di far procedere direttamente la polizia giudiziaria - analogamente a quanto evidenziato sopra per l'Inghilterra - a divertere i casi mediabili, inviandoli ad appositi organi deputati a svolgere la pratica, laddove la responsabilità dell'indagato emerga in una fase iniziale delle indagini e si tratti

di reati di particolare tenuità che non abbisognino nemmeno dell'intervento del Giudice di Pace³². L'opzione prospettata, da un lato, consentirebbe un risparmio significativo di risorse e, dall'altro lato, consentirebbe di ridurre significativamente i tempi della giustizia, evitando di investire in un processo che, in questi casi, è superfluo, per meglio utilizzare le risorse disponibili in un'attività che aiuti effettivamente le parti. Si potrebbe obiettare che la polizia è un organismo di parte che non possiede le competenze specifiche per capire se il caso è mediabile. Per ovviare alla possibili critiche, dovremmo immediatamente ipotizzare una serie molto precisa di requisiti che dovranno sussistere perché le forze dell'ordine possano inviare il caso agli uffici a ciò deputati. Più in particolare, dovrebbe essere previsto un elenco specifico di reati che siano suscettibili di accedere alla mediazione in questa specifica fase, oltre alla necessità di una - quantomeno implicita - ammissione di responsabilità da parte dell'indagato e alla concordanza - anche sommaria - sulle modalità di realizzazione del fatto tipico³³. Ovviamente alla polizia spetterebbe

³² Marco Bouchard addirittura auspicerebbe l'esperibilità della mediazione, anche per i delitti perseguibili d'ufficio, non appena emergesse la responsabilità dell'indagato (Brunelli F., "La mediazione nel sistema penale minorile e l'esperienza dell'Ufficio di Milano", in Pisapia G.V., *Teoria e prassi della mediazione*, Cedam, Padova, 2000, p. 68). Tale ipotesi è assolutamente condivisibile, ma non ci siamo spinti fino a questo punto a causa della probabile resistenza che verrebbe mostrata rispetto ad una scelta così radicale. Abbiamo preferito piuttosto rimanere ancorati ad una posizione di compromesso, limitando l'eventualità di un'attivazione immediatamente dopo la scoperta della notizia di reato, alle sole offese meno significative e quindi perseguibili a querela di parte.

³³ In particolare, tra i reati suscettibili di riscontro positivo si potrebbero includere tutte le contravvenzioni, la maggior parte dei reati perseguibili a querela della persona offesa ed alcuni dei crimini di competenza del Giudice di Pace. Ovviamente, per poter

unicamente il compito di verificare se sussistano i predetti requisiti e, solo dopo che tale indagine avesse avuto esito positivo, potrebbe procedere con l'invio del caso ai centri a ciò deputati, unici veri titolari della concreta e definitiva valutazione circa l'esperibilità della mediazione. Un'ulteriore problematica concerne la valutazione del risultato della mediazione ed, in particolare, come coniugare l'esito della stessa con il processo ordinario. Se la procedura avesse un epilogo negativo il processo continuerebbe con il suo *iter* standard³⁴. Diversamente, nell'ipotesi di un esito positivo, si potrebbe prevedere una declaratoria di estinzione del reato ad opera del giudice quandanche costui accertasse l'adempimento dell'accordo ristorativo e non ritenesse opportune ulteriori sanzioni.

Tuttavia, il momento più opportuno in cui tentare la mediazione sarebbe, a nostro avviso, all'esito delle indagini preliminari (prima della richiesta di rinvio a giudizio). Infatti, è proprio in questa fase processuale che il Pubblico Ministero, disponendo di tutti gli elementi necessari e sufficienti per sostenere l'accusa in giudizio, avrà gli strumenti per valutare concretamente ed efficacemente l'opportunità della mediazione. In questo modo, si potrebbero abbracciare le più disparate ipotesi delittuose e si eviterebbe il processo quando ancora ciò è possibile. In particolare, la pubblica accusa potrebbe inviare il caso all'ufficio di mediazione perché valuti se sussistano i presupposti per esperire la procedura ristorativa.

accedere alla procedura è imprescindibile il consenso della vittima del reato.

³⁴ Per evitare lo spreco di denaro che conseguirebbe ad una mediazione risultata "infruttuosa", occorrerà essere estremamente rigorosi nel verificare la sussistenza dei presupposti di praticabilità della stessa, in modo da essere pressoché certi della buona riuscita della mediazione.

Molti autori sono favorevoli all'introduzione della mediazione in una fase così anticipata del procedimento in quanto altresì funzionale a deflazionare il carico giudiziario³⁵. Un profilo problematico concerne l'individuazione del soggetto legittimato ad inviare il caso agli uffici di mediazione. Con riguardo a tale questione, riteniamo che non sia necessario identificare un referente univoco. A titolo di mero indirizzo, potremmo ipotizzare che sia proprio il pubblico ministero a scegliere se il caso possa essere risolto attraverso la pratica della mediazione ed inviarlo agli appositi centri, in quanto unico titolare dell'azione penale in questa fase. In caso di esito positivo della conferenza, di poi, si potrebbero ipotizzare alcune soluzioni, di cui la seconda – come vedremo subito – è probabilmente più accettabile in quanto limita il contrasto della pratica con il principio di obbligatorietà dell'azione penale³⁶. La prima potrebbe essere quella di prevedere un'ipotesi di archiviazione in caso di esito positivo della mediazione (dopo la chiusura delle indagini preliminari e prima della richiesta di rinvio a giudizio). Tra i motivi di archiviazione rientra l'ipotesi in cui il reato sia estinto. Se l'avvenuta mediazione fosse inquadrata tra le cause di estinzione, il pubblico ministero potrebbe proprio essere legittimato a chiedere l'archiviazione per questo motivo. Secondariamente, si potrebbe prevedere un'udienza apposita all'esito della quale il giudice emetta una sentenza di non luogo a procedere, sia sulla base della richiesta di archiviazione del

³⁵ Tra gli altri vedi Ceretti A., Mannozi G., Riparazione meno pena, in www.galileonet.it/dossier; Tiganò S., *op.cit.*

³⁶ Come abbiamo sopra sottolineato la mediazione non si pone in antitesi con il principio di obbligatorietà né

pubblico ministero (in relazione all'ipotesi precedente), sia d'ufficio, ovviamente a condizione che le procedure ristorative diventino ipotesi legali di estinzione del reato. Ovvero, diversamente, si potrebbe introdurre una nuova tipologia di sentenza di non luogo a procedere che recepisca i risultati della mediazione, così trasformando la mediazione stessa in causa legittima del dispositivo. Per non essere così radicali, si potrebbe altresì prevedere una sentenza di non luogo a procedere per particolare tenuità dell'offesa: l'offesa sarebbe tenue perché l'offensività del fatto di reato sarebbe venuta meno grazie all'intervenuta mediazione³⁷. A tale ultima ipotesi si potrebbero aggiungere poi anche i casi di "irrelevanza del fatto"³⁸. A nostra opinione, tuttavia, sarebbe opportuno estendere la praticabilità della mediazione a tutti i delitti e alle contravvenzioni - dunque non limitarla solo alle ipotesi appena citate di particolare tenuità del fatto ed irrilevanza - e pertanto sarebbe preferibile configurare la *restorative justice* proprio quale causa di estinzione come sopra. La mediazione, infatti, realizza maggiori risultati quando esperita a seguito di offese particolarmente significative³⁹; limitare tali pratiche ai soli reati cosiddetti

lo rinnega, ma presuppone semplicemente una sua diversa interpretazione ermeneutica.

³⁷ Ovviamente oltre alle ipotesi classiche in cui il fatto non ha comportato conseguenze così disdicevoli da meritare una reazione punitiva particolarmente stringente come quella penale.

³⁸ Questa eventualità potrebbe configurarsi sia nell'ipotesi in cui il fatto sia irrilevante poiché presenta i requisiti elaborati in ambito minorile (tenuità del fatto, occasionalità del comportamento e pregiudizio alle esigenze rieducative), sia nell'ipotesi in cui il fatto diventi tale proprio per l'intervenuta mediazione.

³⁹ Wemmers J. A., Cyr K., "Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims Experiences in Mediation with Young Offenders", *Canadian Journal of Criminal Justice/Revue Canadienne de Criminologie et the Justice Penal*, n 47, 3 July 2005, pp. 527-544.

"bagatellari" potrebbe essere meno incisivo in termini di benefici ottenibili dalle stesse tanto da non giustificare l'innovazione⁴⁰.

A nostra opinione, di poi, occorrerà prevedere altrettanti tentativi di mediazione anche durante il processo, ossia una volta che l'azione penale sia stata esercitata. Questa eventualità sarebbe percorribile grazie ad una valutazione effettuata *ex officio* dal giudice del dibattimento, dal Pubblico Ministero o ad istanza di parte. In questa fase processuale, la procedura sarebbe più opportunamente praticabile - ovviando anche agli inconvenienti sopracitati della compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale - allorché si introducesse anche nel processo con imputati maggiorenni l'istituto della sospensione con messa alla prova⁴¹, già prevista nei processi con imputati minorenni. In questo modo, il giudice suspenderebbe il processo — con messa alla prova dell'imputato — per tentare la mediazione e, laddove la conferenza si concludesse con esito positivo, potrebbe pronunciare sentenza di non luogo a procedere con contestuale dichiarazione di estinzione del reato. Se la sospensione diventasse un istituto ad applicazione generalizzata ne conseguirebbe altresì uno snellimento delle procedure, una responsabilizzazione dei rei, oltre ad una proliferazione delle procedure mediatriche. Una volta valutata l'opportunità della mediazione da parte dei soggetti sopra indicati, spetterebbe poi ai

⁴⁰ Per un approfondimento dei benefici della mediazione vedi Sherman L.W., Strang H., 2007 e i diversi *reports* Shapland J. 2000, 2004, 2006, 2007, 2008, in www.homeoffice.gov.uk

⁴¹ Per un approfondimento dell'istituto - che per brevità ci asterremo dall'affrontare in questa sede - si rimanda a Lanza E., *La sospensione del processo con la messa alla prova del imputato minorenne*, Milano, Giuffrè, 2003.

centri deputati allo svolgimento delle procedure l'ulteriore e definitiva indagine sulla praticabilità degli incontri⁴².

Una conferenza con esito positivo si conclude con un accordo ristorativo che consiste in un impegno da parte del reo a svolgere le attività richieste dalla persona offesa e che ne rappresentano anche il suo ristoro per il crimine subito. Un sistema così congegnato presuppone che sia proprio la vittima del reato a scegliere e stabilire quale sia la sanzione che ritiene più opportuna per sé (ovvero per il suo "ritorno" alla normalità) e per la rieducazione del reo. Tale meccanismo risulta di difficile progettazione, almeno nella sua integralità. Per lasciare inalterati poteri decisionali in capo al giudice⁴³ – senza tuttavia snaturare *in toto* la sostanza della mediazione – si potrebbe ipotizzare un sistema per cui, dopo la ripresa del processo, il magistrato intervenga per decidere la sanzione opportuna in ragione dell'intervenuta mediazione. Preservando la competenza giurisdizionale nella scelta della pena si potrebbero mediare anche le offese più significative, così rispettando i precetti costituzionali. Accogliendo quest'ultima impostazione, tuttavia, si dovrà introdurre un ventaglio sanzionatorio variegato e diverso da quello tradizionale, per evitare che la giustizia ristorativa perda la sua ragion d'essere. Accanto

⁴² Il giudice e il pubblico ministero, seppur indicati quali primari organi deputati a valutare se vi siano i presupposti per esperire la mediazione, non dispongono tuttavia, delle competenze specifiche necessarie per capire a fondo se una conferenza di *restorative justice* sia effettivamente percorribile. È per questo motivo che si prospetta l'ipotesi di una nuova decisione del "se" della pratica ad opera dei mediatori professionisti.

⁴³ Questa soluzione, in quanto più aderente al sistema processuale classico, risulterà più facilmente accoglibile rispetto ad una pronuncia che riportasse fedelmente le scelte sanzionatorie della vittima senza alcun sindacato da parte del giudice.

alla sanzione detentiva, che potrebbe rimanere la pena comminabile per i reati più significativi⁴⁴, si potrebbe ipotizzare una nuova tipologia di sentenza simile al *Community Order*⁴⁵ inglese di cui sopra. In questo modo il reo verrebbe affiancato da un assistente sociale che lo aiuterebbe nel percorso rieducativo⁴⁶ e si potrebbero, ad esempio, includere tra le attività da espletare lo svolgimento di lavoro di pubblica utilità ovvero a favore della vittima (quale forma di risarcimento del danno). Si potrebbe obiettare che un provvedimento così configurato potrebbe costituire lavoro forzato vietato dalla CEDU⁴⁷. A

⁴⁴ Nonostante si debba lasciare in essere la sanzione detentiva, la si dovrà almeno modulare in modo differente rispetto a come avviene attualmente. Anzitutto si dovrà ridurre sensibilmente la durata della detenzione rispetto a quanto previsto dal codice vigente, diversificando le ipotesi a seconda che sia intervenuta la mediazione o meno (per esempio includendola tra i criteri valutativi ex art 133 c.p o prevedendo ventagli sanzionatori diversificati anche a seconda del comportamento processuale del reo). Inoltre, si dovrà concretamente accompagnare l'esecuzione della pena a reali percorsi di rieducazione per il reo. Infatti, non si può più omettere di considerare che, tra le imposizioni della Carta Europea, vi è il diritto a che la limitazione della libertà personale, venga circoscritta alle sole ipotesi in cui tale necessità sia imprescindibile. Anche l'attuale tendenza alla carcerazione preventiva quale anticipazione della pena, dovrà necessariamente essere circoscritta ad ipotesi limitate e di reale necessità tornando ad essere, come dovrebbe, una misura cautelare.

⁴⁵ Ricordiamo altresì che tale provvedimento è tra quelli che più frequentemente vengono disposti giudizialmente quando l'imputato si sia dichiarato colpevole poiché risulta particolarmente efficace e di positivo impatto nel recupero del reo (Newburn T., *Criminology*, Willan Publishing, Cullompton UK, 2007). Quando poi viene esperita la mediazione, è la sanzione comminata nella quasi totalità delle ipotesi, segno di una perfetta rispondenza dell'istituto alle finalità della '*restorative justice*' (AA.VV. *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, Oxford, 2002).

⁴⁶ Analogamente a quanto attualmente previsto per gli imputati minorenni.

⁴⁷ A seguito della pronuncia della Corte, il nostro legislatore ha introdotto il requisito della richiesta del reo quale elemento imprescindibile per poter disporre tale sanzione alternativa. La CEDU ha poi precisato, in

ben vedere, occorre considerare che, nel caso di specie, la decisione verrebbe pronunciata dopo un'udienza in contraddittorio tra le parti, laddove l'imputato potrebbe esprimere il proprio consenso al lavoro, così come richiesto dalle disposizioni vigenti⁴⁸.

Una delle critiche più incisive che potrebbe essere prospettata laddove la mediazione dovesse essere svolta nel corso del processo sarebbe quella dei sostenitori più "puri" della mediazione i quali ritengono che la *restorative justice* debba essere un'alternativa al processo ordinario e non alle sole sanzioni tradizionali. A quest'obiezione si può replicare che sarebbero previste ipotesi di mediazione per così dire "pure", esperite prima del giudizio, alle quali si aggiungerebbero ipotesi "spurie" da praticare durante il processo. Questo meccanismo permetterebbe di abbracciare le situazioni più disparate, così ampliando in massima misura le possibilità di ricorrere alla mediazione e sacrificando solo in minima parte la "purezza" dell'istituto.

un'altra pronuncia, che non rappresenta una forma di lavoro forzato quello svolto dai detenuti (Leoncini I., *Il lavoro di pubblica utilità, problematiche applicative*, in www.appinter.csm.it). La definizione di lavoro forzato contenuta nella Convenzione numero 20 della 'International Labour Organization' è quella di: «ogni lavoro o servizio imposto sotto minaccia di sanzioni e per il quale la persona non si è offerta spontaneamente». A nostro avviso, l'eventuale previsione del lavoro di pubblica utilità quale forma di *community order* non può essere ricondotta all'alveo delle attività svolte dai detenuti in quanto tali progetti sarebbero proprio diretti ad evitare qualsiasi forma di detenzione (o comunque posti in essere parallelamente o successivamente ad una condanna detentiva). Pare, dunque, difficile inquadrali tra le ipotesi di lavoro forzato nonostante in parte siano comminati sotto una minaccia di sanzione in caso di loro inadempimento, Si tratta, infatti, di attività che dovrebbero essere meglio dogmaticamente qualificate come forme particolari di un programma di rieducazione, piuttosto che di lavoro forzato.

⁴⁸ Vedi nota precedente.

Le pratiche di *restorative justice* svolte nel corso del processo non presentano alcun problema di compatibilità costituzionale, essendo inquadrabili nell'alveo dei riti speciali che potrebbero, oltretutto, essere ulteriormente motivati da esigenze di rieducazione e caricati di una maggiore attenzione verso le esigenze di tutela delle vittime, fino ad ora ad esso parzialmente estranee. Un elemento critico che verrebbe sicuramente evidenziato in queste ipotesi concernerebbe la valutazione del costo delle procedure⁴⁹, che potrebbe sembrare, di primo acchito, elevato. Per avere una risposta esauritiva al quesito, occorrerebbe intraprendere progetti sperimentali, nel breve e nel lungo periodo, per consentire una valutazione complessiva della pratica rispetto al nostro sistema tradizionale⁵⁰. Si potrebbe sostenere, altresì, che questo nuovo modello processuale andrebbe a sovraccaricare una procedura già lenta ed inefficace, in quanto verrebbero aggiunti procedimenti ad un processo che stenta a funzionare, cagionando un ulteriore dispendio di energie, risorse e tempo. A costoro si può replicare che un sistema così congegnato, risulterebbe, all'opposto, ancor più efficace ed economico. Infatti, anche rispettando l'impianto attuale, si potrebbe esperire la mediazione tra i rinvii delle varie udienze cosicché il giudice avrebbe già gli elementi sufficienti per chiudere immediatamente la vertenza non appena il processo riprenderebbe, accelerando di molto la procedura complessiva. Nel caso in cui tutti i processi pendenti venissero accelerati e sveltiti grazie alle nuove pratiche, al punto da ridurre

⁴⁹ Per un approfondimento sulla materia vedi Sherman L.W., Strang H., *op.cit.* e Shapland J, *op.cit.*

⁵⁰ In Inghilterra e negli Stati Uniti sono state fatte ricerche nel senso appena indicato. Vedasi alcune note precedenti.

definitivamente l'arretrato, una sospensione per svolgere la mediazione non sarebbe nociva e, se la conferenza avesse esito negativo, il processo riprenderebbe il suo corso ordinario. Ovviamente per evitare spreco di risorse inutili dovranno essere attentamente valutati i presupposti di praticabilità della mediazione per escluderne il rischio di vittimizzazioni secondarie e di esiti infausti della procedura⁵¹.

Se la mediazione avesse esito positivo, l'udienza che ne conseguirebbe sarebbe unicamente funzionale a comminare la sanzione per il reo, senza la necessità di ulteriori indagini circa la responsabilità dell'imputato. La procedura non violerebbe per ciò stesso la presunzione di innocenza, in quanto quest'ultima garanzia vale solo allorché la pratica abbia esito negativo e non quando le parti hanno risolto positivamente la loro questione. Il reo, infatti, dopo il percorso introspettivo svolto a seguito delle sedute di mediazione, accetterà la sanzione che gli verrà comminata, sia se concordata con la vittima, sia che venga scelta dal giudice, in quanto sarà consapevole e finalmente conscio del danno arrecato con la sua condotta. In questo caso la prova della colpevolezza non avrà più ragion d'essere e all'accertamento del fatto si sostituirà l'accertamento dell'intervenuta mediazione e dei relativi esiti.

Ulteriori ipotesi di mediazione potrebbero essere esperite per caricare i riti speciali di un maggiore

⁵¹ Si avrebbe un sistematico spreco di denaro e di tempo nel caso in cui vi fosse un ripetuto e generalizzato insuccesso delle pratiche di mediazione, perché ovviamente la modifica qui prospettata non avrebbe significativa ragion d'essere. L'unico modo per evitare tali problematiche è quello di svolgere un attento lavoro preventivo sulla scelta di quali casi abbiano le caratteristiche per una sua efficace esperibilità, prima di tutto verificando che il consenso delle parti sia libero ed informato.

finalismo e per una maggiore responsabilizzazione dei rei⁵². In particolare, per quanto concerne il giudizio direttissimo, in quanto fondato sulla flagranza di reato, si potrebbe tentare una mediazione immediatamente, ovvero prima dell'apertura del rito speciale. Se la mediazione poi non dovesse riuscire, il giudizio direttissimo riprenderebbe il suo corso ordinario. In quest'ultima ipotesi, la principale obiezione che sicuramente verrebbe mossa concernerebbe l'allungamento di una procedura volta ad incentivare il più possibile un esito estremamente velocizzato del processo, stante appunto la flagranza di reato. A costoro si può replicare che talvolta è opportuno piegare la celerità del rito per tendere ad una maggiore responsabilizzazione del reo in ossequio alle esigenze rieducative imposte dalla nostra Costituzione (art. 27) piuttosto che rimanere ancorati ad un valore che, seppur fondamentale, spoglia la procedura di qualsiasi finalità di recupero dell'autore del reato. Ciò permetterebbe anche di esaltare il ruolo delle vittime che in questo tipo di procedimenti sono sia prive di qualsiasi rilievo, né tantomeno ricevono alcun di ristoro. Le stesse considerazioni valgono anche nell'ipotesi in cui si opti per il giudizio immediato (anche questo rito, infatti, è basato sull'evidenza della prova, ancorché non sulla flagranza di reato). Per quanto riguarda il patteggiamento, invece, le problematiche sono maggiori. Attualmente la scelta a favore di questo rito speciale è basata unicamente su considerazioni di mera utilità, senza alcuno spazio circa la valutazione per la rieducazione del reo

⁵² A differenza di quanto accade attualmente ove si contraddistinguono soprattutto per un'impostazione di tipo utilitaristico piuttosto che rieducativa come invece dovrebbe essere.

ovvero per il ristoro della vittima⁵³. Se si esperisse la mediazione prima dell'udienza in cui il giudice valuta la richiesta di patteggiamento, si potrebbe optare per una ristrutturazione dell'istituto in funzione di maggiore responsabilizzazione del reo. Lo svolgimento della conferenza ristorativa permetterebbe così al giudice di comminare una sentenza patteggiata contenente un programma di attività nuovo, analogamente a quanto prospettato sopra (*Community Order*) in luogo alla mera detenzione (o sanzione pecuniaria). Anzi, potrebbe addirittura immaginarsi che il giudice recepisca il risultato dell'accordo di ristorazione prescelto dalle parti coinvolte, in ossequio al nome del rito: "pena richiesta dalle parti". In caso di esito negativo della seduta, dall'altro lato, il giudice disporrebbe la condanna ordinaria diminuita di un terzo.

Anche nel codice penale vigente, il comportamento tenuto dal reo dopo la commissione del reato riveste un particolare significato. Infatti, l'articolo 133 c.p. enuclea, tra i criteri che il giudice deve utilizzare per la commisurazione della sanzione, la rilevanza della "condotta contemporanea e susseguente al reato". Inoltre, l'articolo 62 n. 6 c.p. prevede un'attenuante generica nel caso in cui il reo si sia

impegnato a risarcire il danno prima del giudizio e spontaneamente. Le disposizioni appena citate dimostrano che nel nostro ordinamento vi è una particolare attenzione al risarcimento del danno ed al comportamento tenuto dal reo verso la vittima dopo la commissione del fatto di reato, analogamente a quanto accade nella mediazione che è proprio attuazione di tali principi⁵⁴.

Nella fase dell'esecuzione della pena, a nostro avviso, sarebbe altresì opportuno inserire tentativi di mediazione. In questo specifico settore esistono già dei riferimenti normativi ed, in particolare, le disposizioni sull'Ordinamento Penitenziario che danno proprio rilievo alla ristorazione del reo in favore della vittima. Anzitutto, il comma 7 dell'articolo 47 della legge sull'Ordinamento Penitenziario impone di includere, tra le prescrizioni contenute nel verbale dell'affidamento in prova al servizio sociale, anche l'obbligo del reo di adoperarsi verso la vittima del reato⁵⁵. L'articolo 27 del Regolamento di esecuzione dell'Ordinamento Penitenziario, inoltre, così come riformato dal d.p.r. 230 del 2000, stabilisce che l'osservazione della personalità dei condannati deve anche implicare

valutare quale sia il grado di "ravvedimento" funzionale ad una rieducazione.

⁵⁴ Occhiogrosso F., "La rete della riparazione nella storia recente del diritto penale italiano", in *Mediaries*, 2006, pp. 55-69.

⁵⁵ Art. 47,7 comma OP: "Nel verbale deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato e adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare". Occorre tuttavia constatare come, attualmente, la disposizione di cui al comma sette sia una delle norme più violate di tutto l'Ordinamento Penitenziario. Infatti, mentre inizialmente veniva considerata una condizione imprescindibile per la concessione dell'affidamento in prova ordinario, nel corso del tempo, ha progressivamente perso d'importanza fino a trasformarsi in una mera postilla priva di valore reale, Pisapia G. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, 2000.

⁵³ Tali affermazioni potrebbero essere smentite considerando la pronuncia della Corte Costituzionale 313 del 1990, che, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 444 c.p.p., ha imposto al giudice di rigettare la richiesta di patteggiamento allorché la pena concordata non sia congrua in relazione all'art. 27 comma 3 della Costituzione. In realtà, la valutazione della rieducazione del reo in fase di commisurazione della pena non inficia la natura del rito che attualmente risulta essere improntato unicamente a finalità di tipo utilitaristico piuttosto che essere ascrivito ad una logica rieducativa (cosa che invece dovrebbe essere). Infatti, i rei, quando si accorgono che le prove nei loro confronti sono lampanti chiedono di patteggiare al fine di ottenere un risparmio di pena. Non c'è spazio per

una “*valutazione delle condotte anti giuridiche 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*”⁵⁶.

Inserire nuove ipotesi di mediazione penale durante l’esecuzione dell’affidamento in prova sarebbe particolarmente efficace in quanto permetterebbe una significativa responsabilizzazione del reo, attualmente assente, oltre ad un arricchimento del suo cammino di rieducazione con contenuti nuovi e fino ad ora sconosciuti⁵⁷.

Secondo Benedetti e Pisapia⁵⁸ la mediazione non sarebbe praticabile nel caso in cui venisse disposto l’affidamento in prova ordinario, in quanto gli assistenti sociali non dispongono dell’imparzialità necessaria che dovrebbe essere propria di chi svolge il ruolo di mediatore. Nonostante l’autorevolezza dell’opinione, pare a chi scrive, opportuno disattendere tale affermazione, nonostante tutto il rispetto che deve essere portato a due esponenti di tale calibro. Infatti, introdurre ipotesi di mediazione durante l’esecuzione dell’affidamento in prova, sia ordinario che speciale, permetterebbe, tra le altre cose, di caricare il percorso di rieducazione di un reale valore. I servizi sociali, analogamente a quanto accade nel processo con imputati minorenni, sarebbero a nostro avviso le strutture

più adatte a svolgere il ruolo, in quanto in grado di accompagnare il reo durante tutto il percorso di rieducazione, che inizierebbe già nella fase delle indagini preliminari. Le procedure di mediazione, poi, sarebbero svolte da mediatori appositamente formati - così superando i dubbi sollevati da Benedetti e Pisapia⁵⁹ - ed i servizi sociali svolgerebbero il ruolo di meri *supporters* della procedura.

Sarebbe opportuno poi, ipotizzare l’esperibilità di tali pratiche anche durante l’esecuzione della condanna detentiva, allorché il reo e/o la vittima sentano la necessità di incontrarsi l’un l’altro⁶⁰. Avantaggiato⁶¹, tra gli altri, sottolinea ampiamente i benefici che potrebbero derivare da tale eventualità. In particolare, egli evidenzia come, durante l’esecuzione di una condanna particolarmente lunga e sofferente, quale può essere la detenzione carceraria, i detenuti arrivano, talvolta, a provare sentimenti nuovi e a loro precedentemente sconosciuti. In molte ipotesi, la permanenza forzata lontana dagli affetti, li spinge a provare un senso di pentimento e di vergogna per il gesto compiuto e, soprattutto, nasce in loro il desiderio di incontrare le vittime del loro reato. Dare seguito a questo tipo di 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. La vittima, dall’altra parte, potrebbe ricevere la soddisfazione di vedersi finalmente riconosciuta una forma di ristorazione, oltre al possibile superamento del

⁵⁶ Ciardiello P., “Riparazione e Mediazione nell’Ambito dell’Esecuzione Penale per Adulti”, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2007, numero 2, pp. 96-107.

⁵⁷ Tra le prescrizioni contenute nel verbale di affidamento in prova dovranno poi essere necessariamente incluse anche le attività richieste dalla vittima quale contenuto dell’accordo di ristorazione.

⁵⁸ Pisapia G. (a cura di), *op.cit.*, p. 197.

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ Come avvenuto nel caso sopra esposto di Sharon e Jimmy.

⁶¹ Avantaggiato M. L., “Per una Giustizia Riparativa in Carcere”, *Mediaries*, 2007, fascicolo 10, pp. 171-184.

trauma scaturito dal reato. L'introduzione della mediazione in queste ipotesi permetterebbe altresì di abbracciare qualunque tipo di offesa, anche le più significative, incrementando i vantaggi che sarebbero raggiungibili da tali pratiche. Pare opportuno ricordare che il carcere di per sé non osta ad essere adibito quale luogo per lo svolgimento della conferenza di mediazione⁶².

Per i condannati ammessi al regime di semilibertà ai sensi dell'articolo 48 della legge sull'Ordinamento Penitenziario lo svolgimento di pratiche ristorative svolgerebbe un ruolo quasi determinante. Infatti, la semilibertà è un beneficio che consente al reo di trascorrere parte della giornata al di fuori dell'istituto di pena al fine di effettuare attività utili al reinserimento sociale. Tra queste rientra sicuramente anche la mediazione. Immaginiamo quali potrebbero essere gli effetti benefici che si potrebbero ottenere se il reo, durante il periodo in cui si trova all'esterno, incontrasse la vittima e realizzasse le attività oggetto dell'accordo ristorativo.

L'ultima ipotesi di mediazione potrebbe essere, infine, quella da svolgersi dopo la conclusione del periodo di detenzione, prima della liberazione del reo, al fine di prepararlo al suo reinserimento nella collettività.

Alcune delle ipotesi di *restorative justice* esaminate in questo paragrafo, come detto, si discostano dal concetto più puro di mediazione e sono dirette piuttosto ad una completa risocializzazione del reo e ad un suo proficuo

⁶² In particolare vedi Crosland P., Liebmann M. (edited by), *40 cases. Restorative justice and victim/offender mediation*, Bristol, Mediation UK, October 2003, www.mediationuk.org.uk che riporta molteplici esempi sui tentativi di mediazione effettuati in Inghilterra, paese in cui le conferenze sono praticate nelle ipotesi più diversificate e soprattutto nelle *location* più diverse. Tra queste rientra anche il carcere.

percorso rieducativo durante l'esecuzione della sentenza. Tuttavia, è opinione di chi scrive che sia opportuno, nell'optare per l'opportunità di un istituto, non rimanere ancorati ad una logica necessariamente "radicale", ossia restare intrappolati tra le maglie di un *aut aut* che porti a sceglierlo solo nella sua massima espressione, se no decidere per non introdurlo *tout court*. Talvolta è, infatti, opportuno piegarne la purezza per una maggiore accettazione ovvero, cosa più importante, per una sua applicabilità il più possibile variegata e vasta.

5. Conclusioni.

Nel corso di questo scritto abbiamo tentato, dopo aver valutato la compatibilità costituzionale delle pratiche ristorative, di ipotizzare un sistema processuale che preveda al suo interno diversi momenti in cui esperire la mediazione.

Il tentativo rimarrà, tuttavia, fine a se stesso finché le ipotesi prospettate non verranno sistematicamente studiate mediante sperimentazioni da effettuarsi nel lungo periodo in quanto, diversamente, non si potranno stabilire e valutare le reazioni sistemiche alla introduzione di pratiche ristorative rispetto al nostro ordinamento. Infatti, è necessario predisporre progetti sperimentali nel medio periodo prima di procedere ad una riforma strutturale. In questo modo, non solo si supererebbero le ostilità che potrebbe manifestare l'opinione pubblica, ma, altresì, si potrebbe controllare l'impatto e la risposta concreta dell'ordinamento prima di una sua cristallizzazione in una riforma di sistema. Tutto ciò al fine di modificare e plasmare le possibili soluzioni in relazione alle nostre esigenze specifiche.

Bibliografia.

- Antonucci D., Pisapia G. D. (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, vol. 6, n. 1, 1986, pp. 86-122.
- Ashworth A., “Some Doubts about Restorative Justice”, *Criminal Law, Springer Netherlands*, volume 4, number 2, June 1993, pp. 277-299.
- Avantageggiato M. L., “Per una Giustizia Riparativa in Carcere”, *Mediares*, 2007, fascicolo 10, pp. 171-184.
- Bonafe'-Schmitt J. P., *La Médiation: un Justice Douce*, Syros Alternative, Paris, 1992.
- Bouchard M., “La Mediazione, una Terza Via per la Giustizia Penale?”, *Questione Giustizia*, 1992, n 3-4, pp. 757-783.
- Bouchard M., Mierolo G., *Offesa e Riparazione. Per una Nuova Giustizia Attraverso la Mediazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005.
- Braithwaite J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Melbourne, 1989.
- Braithwaite J., *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University, New York, 2002.
- Brunelli F., “La mediazione nel sistema penale minorile e l’esperienza dell’Ufficio di Milano”, in Pisapia G.V., *Teoria e prassi della mediazione*, Cedam, Padova, 2000.
- Castelli S., *La Mediazione: Teorie e Tecniche*, Raffello Cortina Editore, Roma, 1996.
- Ceretti A., Mazzuccato C., “Giustizia Riparativa e Mediazione tra Consiglio d’Europa e Onu”, *Diritto Penale e Processo*, 2001, fasc. 6, pp. 772 e ss.
- Ceretti A., Mannozi G., *Riparazione meno pena*, in www.galileonet.it/dossier
- Christie N., “Conflicts as Property”, *The British Journal of Criminology*, 1997, Vol. 17, N. 1., pp. 1-14.
- Ciardiello P., “ e Mediazione nell’Ambito dell’Esecuzione Penale per Adulti”, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2007, numero 2, pp. 96-107.
- Coyle A., “Restorative justice in prison setting”, *International centre for prison studies*, King’s College, London
- Crosland P., Liebmann M.(edited by), *40 cases. Restorative justice and victim/offender mediation*, Bristol, Mediation UK, October 2003, www.mediationuk.org.uk.
- Cunneen C., “La Giustizia Riparativa al Vaglio della Criminologia Critica”, *Studi sulla Questione Criminale*, 2009, numero 1, pp. 41-58.
- Diotallevi G., “Quale futuro per la mediazione penale?”, *Questione Giustizia*, 2008, fasc. 5, pp. 18-28.
- 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 su teoria della pena e mediazione”, *Studium iuris*, 2001, fasc. 3, pp. 828, 831.
- Faget J., “‘Ragionevoli Compromessi’ della Mediazione Penale”, *Studi sulla Questione Criminologica*, 2009, numero 1, pp. 59-68.
- Gaggero P., “I modelli alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema di common law”, *Documenti Giustizia*, 1994, pp. 375 e ss.
- 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”, *Rassegna Italiana di Criminologia*, 1992, pp. 487.
- Graef R., *Why Restorative Justice? Repairing the Harm caused by crime*, Calouste Gulbenkian Foundation, London, 2001.
- Hudson B., “Victims and offenders”, in Von Hirsh A., *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 177-194.
- Johnstone J., *Restorative Justice: ideas, values, debates*, Willan Publishing, Devon, 2002.
- Johnstone J., Van Ness W., *The handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, Devon, 2007.
- Johnstone J., “Restorative Justice and Practice of Imprisonment”, *Prison Service Journal*, issue 174, pp. 15-20, in www.hmprisonservice.gov.uk/assets/documents/10003182restorativejustice.pdf
- Leoncini I., *Il lavoro di pubblica utilità, problematiche applicative*, in www.appinter.csm.it
- Maddalena M., “Ossequio formale od obbedienza reale? L’obbligatorietà dell’azione penale”, *Critica Penale*, Sesta Serie, 2007, fascicolo 1, pp. 5-26.

- Mannozi G., “Problemi e Prospettive della Giustizia Riparativa”, *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, Dicembre, 2001, pp. 1-11.
- Mannozi G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003.
- Mannozi G., “Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale”, in Mannozi G. (a cura di), *Mediazione e diritto penale, dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, Giuffrè, 2004.
- Marshall T., “The evolution of restorative justice in Britain”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, volume 4, fascicolo 4, 1997.
- Marshall T., *Restorative Justice: an overview*, A Report by the Home Office, Research Development and Statistics Directorate, London, 1999.
- Mastropasqua I., “Il Processo Penale e la Mediazione”, *Mediaries*, 2006, numero 7, pp. 65-76.
- 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?previsiousPage=mg_1_11_1&contentId=SPS59944
- Messmer H., Otto H. U., *Restorative Justice On Trial, Pitfalls and Potential of Victim-Offender Mediation, International Perspectives*, London Kluwe Academic, London, 1992.
- Mestiz A. (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.
- Miers D., *An exploratory evaluation of restorative justice schemes*, Crime Reduction Research, Series Paper 9, Home Office, September 2001.
- Morineau J., *Lo Spirito della Mediazione*, FrancoAngeli, Milano, 2000.
- Newburn T., *Criminology*, Willan Publishing, Cullompton UK, 2007.
- Occhiogrosso F., “Ragioni della mediazione e tutela dei diritti dei bambini”, in *Mediaries*, 2006, pp. 39-54.
- Occhiogrosso F., “La rete della riparazione nella storia recente del diritto penale italiano”, in *Mediaries*, 2006, pp. 55-69.
- Pisapia G. (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, Padova, 2000.
- Ponti G. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Resta E., *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma, 2002.
- Rienzo M., “Quali reati per la giustizia riparativa?”, *Mediaries*, fascicolo 10, 2007, pp. 185-234.
- Ruggieri F., “Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile”, in Picotti L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998.
- Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare, contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Guerini e associati, Milano, 2001.
- Scardaccione G., “Dalla centralità del reo al riconoscimento della vittima: come è cambiata la giustizia penale”, *Mediare*, fasc 10, 2007, pp 49-68.
- Scardaccione G., *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, documento pdf.
- 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.
- Simeoni E., “Mediazione penale e giustizia riparativa: prospettive future sul nostro territorio”, *Mediaries*, fascicolo 10, 2007, pp. 83-103.
- Sovilla Z., *Interviste: Nils Christie, contro il carcere e per una soluzione alternativa dei conflitti*, 2 Marzo 2005, in www.nonluoghi.info.
- Strang H., Braithwaite J., *Restorative Justice: Philosophy to Practice*, Ashgate, Dartmouth, 2000.
- Tigano S., “Giustizia riparativa e mediazione penale”, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2006, pp. 25- 60.

- Trisi F., “Giustizia riparativa ed esecuzione penale: l’applicabilità in ambito penitenziario”, *Mediaries*, fascicolo 10, 2007, pp. 159-169.
- Van Ness D. W., *Restorative Justice in Prisons*, PFI Centre for Justice and Reconciliation Prison Fellowship International, in www.realjustice.org
- Wemmers J. A., Cyr K., “an Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims Experiences in Mediation with Young Offenders” *Canadian Journal of Criminal Justice/ Revue Canadienne de Criminologie et Justice Pénale*, n 47, 3 July 2005, 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), pp. 395-416, 2009.
- Woolf P., *How the restorative justice turned my life around*, May 11/2008, www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/crime/article3907255.ece
- 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.