

PROSPETTIVE DI MEDIAZIONE PENALE IN ITALIA

Gaspare Dalia*

1.- Viene riposta grande fiducia nella mediazione per contribuire a risolvere l'atavico problema dell'amministrazione della giustizia attraverso il ricorso ad un istituto collocato nell'ambito della giustizia riparativa e studiato per diffondere la cultura della mediazione senza, tuttavia, sostituire la "giustizia dello Stato" con la "giustizia privata".

Le ragioni dello sviluppo di un tale modello sono individuabili sia nella crisi di quelli tradizionali (retributivo e riabilitativo), sia nell'esigenza di considerare la vittima una parte importante e non marginale del reato commesso e, di conseguenza, dell'intero processo, inteso quest'ultimo come strumento per l'accertamento legale – e garantito – del fatto di reato.

Lo schema riparativo, inoltre, consente alle parti di riappropriarsi del conflitto, mediante lo sviluppo di programmi di mediazione tra vittima e autore del reato volti a cercare un accordo di riparazione dei danni derivanti dal reato, che sia soddisfacente per gli interessi di entrambi, e, allo stesso tempo, fornisca esiti utili anche alla rieducazione per il reo.

La mediazione sembra finalizzata a promuovere altresì una maggiore responsabilizzazione del reo – che spesso una sanzione penale di tipo tradizionale non riesce ad assicurare –, a ridurre il rischio di fenomeni di vittimizzazione e a tentare di alleviare, per quanto possibile, le sofferenze psicologiche ed emotive inflitte alla persona offesa dal reato.

Il tema della mediazione è pertanto centrale in ambito comparatistico e risulta utile tracciarne i contorni, al fine di contribuire concretamente a realizzare quello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che l'Unione europea si aspetta da tutti i Paesi membri, a maggior ragione attraverso il confronto con altre realtà extraeuropee, quale quella argentina, che ha già introdotto con successo l'istituto della mediazione penale nel proprio sistema giudiziario.

Tuttavia, pur se si avverte sempre più la pressante esigenza di dover garantire il libero accesso alle risorse che sono dovute ad ogni cittadino – come, ad esempio, il diritto di ricorrere al giudice per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi *ex art. 24 Cost.* –, quando si propone qualsiasi riforma, è opportuno essere cauti, risultando necessaria una premessa di ordine sistematico.

Nell'adottare le occorrenti scelte di politica criminale, i legislatori nazionali non possono giammai prescindere dal principio della "*due process of law clause*", garantendo, al contempo, il concetto di "dovuto" accesso ad un più efficiente sistema di giustizia.

Tuttavia, il fine non deve giustificare i mezzi, perché, nel caso della mediazione penale, si tratta di crimini, di pena e, forse, di diritti indisponibili.

L'Università di Salamanca, ha un motto, ossia: *quod natura non dat, Salmantica non præstat*, ossia "ciò che la natura non dà, le scienze di Salamanca non dimostrano": un esplicito rinvio ai principi del giusnaturalismo di cui la Scuola di Salamanca, nel XVI secolo, è stata ispirazione, con giuristi come Vitoria, Molina, Soto, Vazquez, Suarez, i quali, con il loro pensiero, hanno suggerito a Grozio la teorizzazione del giusnaturalismo moderno, ossia l'affermazione dell'esistenza di un diritto naturale – inteso come insieme di valori e "standard" morali oggettivi – al di sopra del diritto positivo, perché ogni diritto positivo dovrebbe rispettarli per potersi considerare autentico diritto.

L'uomo è proprietario di sé¹ ed è governato dall'istinto di conservazione, da cui discende il diritto alla vita e all'integrità fisica, compendiate dai diritti naturali all'autodifesa e a punire chi arreca un'ingiuria², con pene commisurate ai crimini.

Inoltre, l'uomo è spinto dal desiderio di felicità, che lo invoglia a realizzarsi e, per far ciò, deve necessariamente relazionarsi con il prossimo, agire secondo probità e buona fede e rispettare i patti (*pacta sunt servanda*); la giustizia sostanziale, pertanto, è quella che si conforma anche alla bontà (Leibniz), perché il diritto naturale, dati i suoi fondamenti, è anche giusto; se, invece, l'autorità costituita impone leggi positive che violano i valori naturali, a lungo andare tali leggi rivelano il loro vizio, compromettendo l'obiettivo dell'armonia e della pace sociale.

Da secoli, la risposta più comune alla domanda quale sia il fine del diritto è che esso consista nella conservazione della società umana; tuttavia, il diritto naturale non consente di raggiungere, da solo, questo fine³, anche perché lo stato di natura è impossibile, in quanto le leggi naturali non sono in grado di garantire la sicurezza dell'esistenza dei consociati: Lo stato di natura è proprio quello stato da cui gli uomini sono dovuti uscire perché è uno stato incontestabilmente pericoloso e impossibile⁴ e, perciò, non conveniente all'uomo che vive in società, per il quale l'unico stato adatto è lo stato civile⁵.

Ma, tra quelli elaborati dal giusnaturalismo moderno, il diritto naturale a punire chi arreca un'ingiuria si configura come diritto fondamentale, purché le pene siano commisurate ai crimini: se la giustizia è connaturata al diritto naturale, allora il compito del legislatore giuspositivista (⁶) è senz'altro quello di garantirla, poiché ne costituisce l'intima giustificazione e il fondamento di obbligatorietà.

2.- Fatta questa premessa, è importante anche non farsi indurre in tentazione dall'emergenza di dover trovare assolutamente delle soluzioni, rapide e apparentemente indolori, alle inefficienze dell'apparato giudiziario, soprattutto quando questo non riesca a dare una risposta alle esigenze di cui la vittima del reato è portavoce⁷. E se tali emergenze minano l'assetto dell'attuale sistema

* Ricercatore di Procedura penale e docente di Diritto processuale penale comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Salerno.

¹ Il giusnaturalismo moderno suppone che ciascun individuo, nello stato di natura, possieda una sfera di sua proprietà. Secondo Grozio, questa sfera era detta il *suum* e ogni violazione era considerata una *iniuria*. Il *suum* è invece chiamato da Locke "proprietà" e comprende vita, libertà e possessi. Le libertà naturali sono pertanto plasmate sullo schema del diritto di proprietà: se il soggetto è proprietario di sé, è proprietario anche delle proprie azioni, con il limite posto dai diritti altrui.

² Chi ha violato il *suum* (la proprietà) altrui perde il diritto all'*alieni abstinentia*, all'intangibilità della sua proprietà.

³ Così Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977, 165-166.

⁴ È nota la "ricostruzione" di Hobbes, secondo cui nello stato di natura gli uomini si ritrovano ad avere tutti quanti gli stessi diritti su qualsiasi cosa e dunque, a causa della scarsità dei beni disponibili, sono inesorabilmente destinati ad ingaggiare una guerra di tutti contro tutti: *bellum omnium contra omne*. In questa condizione è recuperata la massima di Plauto: *homo homini lupus*. Ecco che dunque anche secondo Kant (*Metaphysik der Sitten*, parte I, § 42, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1957, 436-445) stante il rapporto di coesistenza che si stabilisce inevitabilmente tra tutti gli altri uomini, è indispensabile uscire dallo stato di natura per entrare in uno stato giuridico, vale a dire in uno stato di giustizia distributiva.

⁵ Lo stato civile è lo stato in cui le regole di condotta dell'uomo in società sono derivate non dall'essere conforme a ragione, ma dall'essere garantite dal potere sovrano. Pertanto, esso rappresenta l'unico stato possibile per la vita sociale dell'uomo.

⁶ Se a riguardo vogliamo accettare l'approccio adottato da Scarpelli, (*Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965), il giuspositivismo si risolve nell'accettazione, da parte del giurista, di ciò che è diritto positivo, ossia quel sistema di norme (di comportamento o di struttura) valide, poste dalla volontà di esseri umani, costituito (anche se non esclusivamente) di norme generali e astratte, coerente o riconducibile a coerenza, completo perché esclusivo, coercitivo. In altre parole, il positivismo giuridico comporta, secondo Scarpelli, una presa di posizione a favore di una particolare tecnica di formazione di espressione della volontà politica, propria di uno stato moderno che vuole realizzare il controllo sociale mediante una produzione regolata di norme generali ed astratte: ciò comporta la determinazione di un criterio di validità per il diritto, perché a tale determinazione si accompagna una legittimazione del diritto positivo.

⁷ Cfr. la Decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, con cui sono previsti i diritti minimi per le vittime di reati in relazione ai procedimenti penali: con

processuale penale, positivizzato come momento di massima garanzia per gli individui coinvolti nel fatto che deve essere accertato in sede giurisdizionale, allora le preoccupazioni sono molteplici.

Com'è stato scritto in tema di prospettive di riforma del codice di procedura penale spagnola, si deve sempre preferire la costruzione di un modello di processo ordinario che non parta da situazioni di emergenza: il ricorso a miracolistiche improvvisazioni legislative dettate dalla necessità di fornire istantaneamente risposta a esigenze improvvisamente percepite come irrinunciabili rappresenta quanto di peggio può immaginarsi per un sistema giuridico. Al contrario, occorre procedere in maniera più ponderata e, cioè, promulgando leggi a lungo termine, al fine di consentire il consolidamento di un impianto solido e capace di assicurare, allo stesso tempo, sicurezza ai cittadini. Adottando un'impostazione di questo tipo, è ragionevole credere che sia possibile raggiungere non già il consenso unanime, ma quantomeno un'ampia condivisione, poiché si fornisce una risposta organica alle criticità del sistema e non ci si limita, come troppo spesso purtroppo avviene, a promettere *panem et circenses* con correttivi congiunturali che, col passare del tempo – anche di pochissimo tempo –, iniziano a richiedere di essere nuovamente “rattoppati”.

Per conseguire questo obiettivo, comunque, possiamo e dobbiamo servirci dell'esperienza degli altri Paesi⁸.

Studiando le nostre scelte legislative con riferimento all'ambito di applicazione dei riti alternativi al giudizio, va anche messo in evidenza che Paesi come l'Italia, “molto persuasivi per la loro influenza e che hanno sedotto per il loro incanto”, sebbene da un lato abbiano rivestito il procedimento penale di garanzie, dall'altro non hanno affatto disdegnato il ricorso a modalità alternative di esercizio della funzione giurisdizionale. Il codice di procedura penale italiano dell'88, del resto, faceva proprio dei riti alternativi e delle modalità alternative di esercizio dell'azione penale alcuni dei suoi fiori all'occhiello, elevandoli a moduli procedurali in grado da un lato di assicurare una complessità di trattazione adeguata al disvalore del reato contestato, dall'altro di mantenere sempre ferme e inscalfite quelle garanzie ritenute imprescindibili per un rito tendenzialmente accusatorio rispettoso dei principi costituzionali.

Cionondimeno, va detto che i successivi interventi legislativi hanno così esteso, e significativamente, l'ambito di operatività di tali riti⁹ da ingenerare la percezione che essi perseguano solamente un fine deflattivo e che, quindi, un po' come avviene nello spesso imitato

essa si stabilisce il diritto delle vittime di essere sentite, la possibilità di partecipare al procedimento (anche quando il reato è stato commesso in un altro Stato membro), la protezione, il risarcimento e l'accesso alla mediazione e alle informazioni pertinenti. A partire da questa decisione quadro, il Consiglio ha sancito il dovere in capo agli Stati di garantire che la dignità delle vittime sia rispettata e che i loro diritti siano riconosciuti in tutto il corso del procedimento e che le vittime particolarmente vulnerabili debbano beneficiare di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione.

⁸ N. Rodríguez García, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Salamanca, 1997. Nel ripudiare un modello di processo all'americana (giustizia negoziata per i più e processo per pochi eletti), l'A. cita tra le numerosissime fonti del suo lavoro anche un contributo di A. A. Dalia (*La deprocessualizzazione come obiettivo primario delle recenti “modifiche al sistema penale”*, in Riv. It. Dir. proc.pen., 1982, 491-492), che concludeva un commento alla legge n. 689 del 1981 (il primo, concreto, esempio di depenalizzazione in Italia) con l'affermazione che la riforma non tendeva tanto a depenalizzare, ma a deprocessualizzare, poiché ha introdotto sistemi volti a far ritenere il ricorso alla giurisdizione come strumento per allontanare nel tempo la sanzione, con la conseguenza che il cittadino ne è uscito ulteriormente scoraggiato, nutrendo sfiducia, almeno per quella che è la certa esperienza italiana, verso il sistema giustizia.

⁹ Il riferimento, per limitarci solamente al “rito abbreviato” e alla “applicazione di pena su richiesta delle parti” è rispettivamente alle leggi n. 479 del 1999, cd. Legge Carotti, che ha rimodulato il giudizio abbreviato, rendendolo non più soggetto al consenso del magistrato del pubblico ministero, e n. 134 del 2003, concernente la riforma dell'istituto con la quale si è introdotta la possibilità di chiedere il patteggiamento cd. “allargato” quando la pena detentiva concordata non è superiore a cinque anni.

processo americano, si potesse – o, addirittura, si dovesse – far a meno delle forme ordinarie della giurisdizione¹⁰.

Nel frattempo, è stato anche costituzionalizzato il concetto di “giusto processo” con la modifica dell’art. 111 Cost.¹¹, le cui garanzie devono indiscutibilmente essere riconosciute a tutti i soggetti coinvolti nel processo (o che da questo dipendano o che, comunque, abbiano un interesse rispetto ad esso): indagato/imputato, vittima¹², collettività.

Pertanto, a maggior ragione, la semplificazione, la celerità e l’efficacia del processo penale sono finalità degne di essere perseguite e raggiunte senza però trascurare tali garanzie fondamentali, che non dovrebbero perciò essere sacrificabili, né l’obiettivo della celerità può essere conseguito esclusivamente attraverso riforme processuali.

Soltanto una profonda riorganizzazione dei presupposti politico-criminali che si riflettano in maniera articolata e congruente nelle diverse fasi del sistema penale (legislazione sostanziale, processuale ed esecutiva della pena) potrà condurre ad una soluzione nel panorama attuale, anche a garanzia dei soggetti che, come vittime del reato, hanno diritto, giustamente, ad una riparazione e a un risarcimento del danno.

3.- Quali sono, dunque, gli “spazi” per una mediazione penale in Italia?

¹⁰ In proposito, si pensi al già richiamato “patteggiamento allargato”. Sono peraltro note le criticità di questo istituto nel suo porsi in rapporto di trazione con la *indisponibilità della giurisdizione*, come del resto è reso evidente dalla irresolubile *querelle* relativa alla natura (condannatoria o meno) della sentenza che, *ex art. 444 c.p.p.*, applica la pena su richiesta delle parti. Per un approfondimento, si rimanda a G. Spangher, *Nuovo Trattato di Procedura Penale*, Utet Giuridica, Vol. IV, pp. 38 e ss.

¹¹ Con la legge costituzionale n. 2 del 1999 è stata infatti approvata la riforma dell’art. 111 Cost. che, ora, si compone di ulteriori cinque nuovi commi, introdotti con l’art. 1 della legge costituzionale 23/11/1999, n. 2 (in G.U. 23 dicembre 1999, n. 300), che stabiliscono che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»; che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata»; che «nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo»; che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore»; che, inoltre, «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita».

¹² Fin dal 2001, l’Unione europea ha avviato un processo di armonizzazione delle normative nazionali al fine di garantire uno *standard* minimo comune di tutela della vittima da reato. In particolar modo, in sostituzione della già citata decisione quadro del Consiglio sulla posizione della vittima nel procedimento penale (UE 2001/220/GAI) da ultimo è intervenuta la direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime, il cui obiettivo è quello di rafforzare le misure nazionali esistenti con norme minime di portata europea riguardo ai diritti, al sostegno e alla protezione delle vittime di reati in ogni paese dell’UE. Più analiticamente, la direttiva prevede che vengano garantite alla vittima, tra gli altri, i seguenti diritti: informazione e sostegno, interpretazione e traduzione degli atti, informazioni riguardo allo stato di avanzamento del caso, possibilità di ottenere il riesame di un’eventuale decisione del tribunale a non procedere, ottenimento del rimborso delle spese, assistenza giuridica, agevole recupero dei beni sottratti. Le autorità nazionali, inoltre, devono ridurre al minimo le difficoltà che si incontrano quando la vittima sia residente in un paese dell’UE diverso da quello in cui il reato è stato commesso, nonché assicurare la protezione delle vittime e dei loro familiari anche attraverso il riconoscimento di particolari esigenze di tutela della riservatezza. In attuazione della direttiva 2012/29/UE è stato di recente emanato il Decreto legislativo 15 dicembre 2015, n. 212, in G.U. n. 3 del 5 gennaio 2016, che ha apportato una serie di modifiche al codice di rito al fine di armonizzare l’ordinamento interno in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

Istintivamente, si avverte una (quasi-totale) diffidenza verso qualsiasi iniziativa – come potrebbe essere la mediazione penale – volta a contaminare comunque l'accertamento del fatto di reato e, quindi, il processo penale, ovvero quella garanzia della giurisdizione¹³ di cui si auspica e richiede un sempre maggior rafforzamento, nonostante i numerosi, ondivaghi e scoordinati interventi legislativi che, in tema di politica criminale, sembrano essere sempre più tesi, in realtà, ad una criticabile tendenza alla deprocessualizzazione.

Pertanto, anche da un punto di vista culturale, appare prematuro poter parlare di mediazione (e, in particolare, di mediazione penale in senso stretto), dove, cioè, il potere di riconoscere un risarcimento alla vittima potrebbe essere rimesso non più soltanto ad un giudice (massima espressione di civiltà che uno stato di diritto può offrire, poiché, con la sua funzione, esprime la più alta delle garanzie, ossia quella della giurisdizione), ma ad un privato, che seppur terzo ed imparziale (e forse “certificato” dalle istituzioni), sarà pur sempre privo della funzione giurisdizionale.

Infatti, il mediatore per antonomasia è diverso dal giudice, perché non giudica, non adotta decisioni, ma tenta di mediare, di conciliare le parti in presenza di un conflitto.

E per dimostrare che queste preoccupazioni non sono poi tanto infondate, basti far riferimento a quanto avvenuto in Italia in ambito di mediazione civile.

Il legislatore italiano, infatti, ha dato attuazione alla direttiva 2008/52, che con il D.Lgs. n. 28/2010 ha introdotto gli strumenti legali per la mediazione nel settore civile e commerciale¹⁴.

Secondo la legge italiana, dunque, mediazione è «*l'attività comunque denominata svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia per la ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia e sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*» finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Le definizioni di «*mediazione*» e di «*mediatore*», recate dall'art. 1, D. Lgs. n. 28/2010, appaiono fondamentali per individuare i caratteri di questo istituto, distinguendolo da quelli contigui già regolati nel codice civile e nel codice di rito.

I “considerando”¹⁵ della direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea¹⁶ delineano la generale impostazione conferita all'oggetto della

¹³ A.A. Dalia, *La garanzia della giurisdizione penale*, in *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Salerno, 1993.

¹⁴ Il provvedimento rappresenta lo strumento con il quale il Governo dà attuazione alla delega conferitagli dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n.69 recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”.

¹⁵ V considerando: garantire un miglior accesso alla giustizia sia giudiziale che extragiudiziale, per cui il servizio di mediazione, nel contesto della politica dell'Unione europea, è un importante contributo al corretto funzionamento del mercato interno. VI considerando: la mediazione è ritenuta una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida in quanto le procedure sono concepite in base alle esigenze delle parti e gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente. VIII considerando: la direttiva deve applicarsi alle controversie transfrontaliere, ma gli Stati membri possono estenderla ai “procedimenti di mediazione interni”; X considerando: l'assistenza del mediatore, imparziale e competente (XVII considerando), pur se attività qualificata e monitorata attraverso efficaci meccanismi di controllo della qualità della fornitura del servizio (XVI considerando), non deve comunque applicarsi in materia di diritti di famiglia e del lavoro (X considerando). Quanto agli elementi chiave della mediazione, il XII considerando sottolinea la differenza tra mediatore e giudice, mentre la facoltà per gli Stati di rendere il ricorso alla mediazione obbligatorio ovvero soggetto a incentivi o sanzioni è consentita, sempre che non venga impedito alle parti l'esercizio del “diritto di accesso al sistema giudiziario” (XIV considerando), ovvero, pur incoraggiando la mediazione, non si ostacolano le parti in relazione ai termini di prescrizione e di decadenza, “di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all'arbitrato in caso di infruttuoso tentativo di mediazione” (XXIV considerando).

¹⁶ In forza dell'invito formulato agli Stati membri dal Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, delle conclusioni adottate dal Consiglio nel maggio 2000 sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, nonché del Libro verde presentato dalla Commissione nell'aprile del 2002, relativo ai

regolazione, quanto a finalità e caratteristiche, partendo dal presupposto che, anzitutto, l'attività di mediazione costituisce uno dei metodi di “*alternative dispute resolution*” (ADR), ossia un sistema extragiudiziale (alternativo al processo civile) di risoluzione delle controversie, che, per come inteso dal legislatore interno, deve essere non vincolante, tendenzialmente facilitativo: in pratica, il mediatore non decide, ma consiglia e propone soluzioni al conflitto (art. 1, comma 1, lett. *b*), D.Lgs. n. 28/2010).

Ma, sebbene così semplificata, le prime prassi applicative della mediazione civile hanno dimostrato che si è trattato di un fallimento, con la conseguenza che si è ingenerata negli operatori – e soprattutto nella collettività – l'idea che l'istituto si stesse traducendo in uno strumento di deprocessualizzazione (inteso come sottrazione della giurisdizione), se non addirittura in un “*business*”. Secondo la Commissione Europea, non sono apparse in linea con la ricerca consensuale dell'accordo di mediazione le scelte del legislatore italiano che ha previsto un sistema nel quale le parti sono, di fatto, costrette ad accettare la proposta del mediatore per evitare di incorrere in determinate sanzioni economiche, non essendo garantito, in sostanza, il diritto di decidere liberamente quando chiudere il procedimento di mediazione.

Inoltre, a fine ottobre 2012, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 della legge sulla mediazione civile nella parte in cui introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione, relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate, l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione, ossia laddove prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale¹⁷. Tuttavia, la norma non è stata dichiarata incostituzionale perché la mediazione era obbligatoria, bensì perché la legge del Governo andava oltre la delega ricevuta dal Parlamento, tant'è che con il cd. “Decreto Fare”, ossia il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, è stato ripristinato il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale nei casi elencati dall'articolo 5, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010.

Tale scelta legislativa ha dimostrato la grande incongruenza di fondo che permea la mediazione civile: la stessa radice semantica del termine, invero, suggerisce l'idea di un reciproco ravvicinamento con incontro a metà strada e dunque richiede una libera scelta delle parti nel decidere di far ricorso a tale strumento. È chiaro, quindi, che la mediazione è – potremmo dire, ontologicamente – incompatibile con l'obbligatorietà e questo implica che laddove invece il ricorso

modi alternativi di risoluzione delle controversie nelle predette materie, la direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea ha disciplinato alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

¹⁷ Corte. Cost., 23/10/2012, n. 272 Con tale sentenza, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che prevede l'obbligatorietà della mediazione in alcune materie civilistiche, rispetto agli artt. 76 e 77 della Costituzione, ovvero per eccesso di delega, avendo il Governo, oltrepassato i limiti della delega circa la obbligatorietà della mediazione civile. Di seguito, alcuni passaggi salienti delle motivazioni: « [...] Come emerge dalla ricognizione che precede, dai richiamati atti dell'Unione europea non si desume alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione. [...] Pertanto, la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. [...] Il denunciato eccesso di delega, dunque, sussiste, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010. [...] Infine, quanto alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell'esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali, va rilevato che il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia ».

alla figura sia imposto dalla legge, essa veda gravemente permutato il suo *proprium*, con conseguente compromissione delle possibilità di successo.

4.- Ecco dunque che una mediazione penale che volesse iscriversi in un tale solco apparirebbe senz'altro fondata su basi piuttosto fragili. Vero è, tuttavia, che le indicazioni sovranazionali indirizzavano verso tutt'altri lidi.

La Raccomandazione n. 19 (99) del 1999 del Consiglio d'Europa in materia di mediazione penale, infatti, forniva indicazioni chiare ed inequivocabili: uno dei capisaldi di un buon sistema di mediazione si individua nella *partecipazione spontanea* poichè «*la mediazione in campo penale deve essere svolta solo se le parti acconsentono alla partecipazione liberamente*» (art. 1 Racc.). Le parti, poi, devono essere pienamente informate dei loro diritti, della natura del processo di mediazione e delle possibili conseguenze delle loro azioni (art. 10 Racc.) e non devono essere indotte a parteciparvi con mezzi subdoli (*unfair means*, art. 11 Racc.). Per questo motivo, non è possibile fare mediazione se una delle due parti non ne comprende appieno il significato (art. 13 Racc.).

Altro principio strettamente connesso alla libera partecipazione, infine, è quello della confidenzialità delle informazioni e dei contenuti della mediazione (eccetto l'accordo finale, se si raggiunge) (art. 2 Racc.).

E' anche vero, però, che nel nostro Paese, purtroppo, vige un sistema potenzialmente incompatibile con la mediazione penale: basti pensare che il nostro codice di rito presuppone che la remissione della querela non debba essere condizionata ad alcunché¹⁸, mentre sono previsti sistemi per incentivare la giustizia riparativa solo a fini premiali rispetto ad una sanzione che comunque deve essere irrogata (ai fini del riconoscimento di circostanze attenuanti del reato e nel procedimento di riabilitazione)¹⁹.

¹⁸ Anzi, va sottolineato che la tradizionale previsione contenuta nell'art. 152 c.p. - secondo cui "la remissione è processuale [c.p.p. 340] o extraprocessuale. La remissione extraprocessuale è espressa o tacita. Vi è remissione tacita, quando il querelante ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela" - è soggetta ad una singolare eccezione introdotta dal comma 4 dell'art. 612-bis ad opera della legge 15 ottobre 2013 n. 119 (cd. legge su "femminicidio"), con la quale il legislatore ha disposto che la remissione della querela possa essere soltanto processuale. Dal tenore letterale della norma, dunque, si evince che nell'ambito di una legislazione come di consueto emergenziale, il legislatore ha ritenuto opportuno impedire la remissione extraprocessuale, affidando al giudice il compito di svolgere una verifica effettiva della spontaneità della eventuale remissione della querela. Non può tacersi, tuttavia, che l'intervento si è dimostrato piuttosto malaccorto: la Suprema Corte, infatti, con la sentenza n. 2301 depositata in data 16 gennaio 2015, ha affermato che la remissione della querela effettuata davanti ad un ufficiale di polizia giudiziaria deve considerarsi "remissione processuale", con evidente depotenziamento delle pretese rigoristiche del legislatore. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612 comma 2 c.p. e si procede peraltro d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.

¹⁹ Significative sono, a riguardo, le scelte di recente adottate dal legislatore con la legge 69/2015, ove si introduce, ad esempio, una nuova circostanza attenuante per la "collaborazione processuale" (art. 323-bis c.p.), in riferimento ai responsabili di delitti contro la p.a. (artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis) che si adoperino efficacemente per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori e forniscano concreta collaborazione. Nello stesso solco, poi, si pone la modifica dell'art. 165 del codice penale (art. 2), essendosi condizionata la concessione della sospensione condizionale della pena per i reati di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis c.p., al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa. L'articolo 6, infine, prevede una "integrazione dell'articolo 444 del codice di procedura penale, in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti", applicazione che, per le fattispecie sopramenzionate, diviene subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.

E, oltre all'esperienza della mediazione civile, anche altre ragioni impongono cautela in questo campo: esempi di mediazione penale nell'ordinamento giuridico interno sono, infatti, costituiti dal processo minorile e dal giudice di pace.

E se l'esperienza di quest'ultimo ha fallito, perché il giudice non ha alcun effettivo potere di conciliazione – nonostante il nome faccia intendere che la conciliazione, la pace, debba essere il fine massimo da perseguire²⁰ –, nel procedimento minorile, invece, la situazione è ben diversa. Siamo di fronte ad una disciplina all'avanguardia, dal momento che, almeno su questo, il nostro legislatore si è dimostrato particolarmente sensibile rispetto alle problematiche del mondo minorile, nei confronti del quale si pone in modo estremamente garantista. In questo contesto, se da un lato è facile immaginare quanto stretti possano essere gli spazi riservati alla vittima/persona offesa, dall'altro si apprezzano talune forme di mediazione “non convenzionale”, le cui peculiarità sono collegate proprio alle specificità del rito penale minorile. In particolar modo, si guardi all'art. 28 del D.P.R. n. 448/88 (Codice del processo minorile), il cui secondo comma dispone che «con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minore ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato».

Il ricorso al particolare strumento della sospensione del processo con messa alla prova, dunque, contempla una forma *sui generis* di giustizia riparativa, poiché di fatto lo svolgimento di attività finalizzate alla riparazione del danno e alla conciliazione con la persona offesa non sono frutto di una volontaria decisione del minore accusato del reato, bensì una prescrizione a questi *impartita* dal giudice affinché possa utilmente dirsi superata la prova cui l'imputato è sottoposto. Emergono, poi, almeno altre due peculiarità. Anzitutto, si tratta di uno strumento normativo che si basa su una difficilmente celabile asimmetria di piani: il minore non ammette pienamente la sua colpevolezza, ma si rende disponibile a svolgere attività finalizzate alla mitigazione o riparazione di un danno di cui, evidentemente, è ritenuto “informalmente” responsabile. In secondo luogo, si consideri che, indipendentemente dall'esito del tentativo di conciliazione con la vittima, è sempre il giudice a stabilire se «tenuto conto del comportamento del minore e della evoluzione della sua personalità, la prova abbia dato esito positivo», nel qual caso dichiara con sentenza estinto il reato. Si tratta, dunque, di una forma di mediazione²¹ del tutto atipica, in cui gli interessi della vittima

²⁰ Anzi, la procedura incide chiaramente sulla durata ragionevole, poiché il rinvio dell'udienza – di fatto *ex officio* – proprio per esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione non fa altro che allungare i tempi dell'accertamento.

²¹ In senso più ampio va detto che la stessa confusione di piani tra giustizia riparativa e mediazione può essere criticabile. In tal senso si veda già G. Scardaccione (*Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, Rassegna penitenziaria e criminologica, nr. 1/97), secondo cui la differenza sostanziale tra l'una e l'altra figura risiede non già negli obiettivi (comunque orientati alla soddisfazione della vittima), quando piuttosto nelle modalità attuative che prevedono, nel caso della mediazione vera e propria il confronto diretto tra vittima e autore del reato, mentre nella ipotesi della (mera) giustizia riparativa un approccio impersonale che implichi il risarcimento materiale o altre forme di attività riparative non esplicitamente richieste dalla parte offesa. Una non sovrapposibilità dei due piani, poi, si ricava indirettamente anche dalla “**Risoluzione sulla "Cooperazione internazionale tesa alla riduzione del sovraffollamento delle prigioni ed alla promozione di pene alternative"**” (Economic and social Council delle Nazioni Unite n. 1998/23 del 28/07/1998) che, «*preso atto del sovraffollamento delle carceri e della difficoltà del lavoro degli operatori*», raccomandava agli Stati membri di «*ricorrere allo sviluppo di forme di pena non custodiali e - se possibile - a soluzioni amichevoli dei conflitti di minore gravità, attraverso l'uso della mediazione, l'accettazione di forme di riparazione civilistiche o accordi di reintegrazione economica in favore della vittima con parte del reddito del reo o compensazione con lavori espletati dal reo in favore della vittima stessa*», procedendo dunque a tener distinte mediazione e giustizia riparativa *tout court*. Argomentazioni di medesima portata poi possono adoperarsi con riguardo alla “**Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia**” (X Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del crimine e il trattamento dei detenuti - Vienna 10-17 aprile 2000), con cui gli Stati membri si impegnano alla

assumono un rilievo marcatamente collaterale, considerato come le condotte riparatorie o ripristinatorie e i tentativi di “riappacificazione” risultano utilizzabili semplicemente quali indici di un esito positivo della prova: il centro dell’istituto è il minore, non la vittima.

Non ha ritenuto, poi, il legislatore del 2014 di valorizzare il rapporto tra accusato e vittima all’atto della estensione dell’istituto della sospensione del processo con messa alla prova anche ai maggiorenni²². In quella sede, infatti, ci si è più genericamente limitati a prevedere che «*la messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato*».

Com’è evidente, non è stato ritenuto opportuno richiamare quei tentativi di conciliazione con la vittima che, invece, rappresentano una possibilità nell’ambito del processo minorile, mentre, al contrario, si è ritenuto necessario subordinare la concessione della messa alla prova «*alla prestazione di lavoro di pubblica utilità*»²³.

Una prima notazione al riguardo, dunque, può a questo punto formularsi: mentre nel processo minorile al centro è posto l’interesse dell’imputato, qui è essenziale che l’imputato si attivi (eliminazione del danno e lavoro di pubblica utilità); eventuali esigenze specifiche della vittima²⁴, infatti, paiono essere del tutto misconosciute. Se ci si sofferma poi ad analizzare la struttura dell’art. 464-*bis* emergono criticità ancora maggiori. Il programma di messa alla prova cui già si è fatto cenno, infatti, in ossequio alla previsione di cui alla lett. c), dovrà prevedere «*le condotte volte a*

promozione del principio di legalità ed al potenziamento del sistema giustizia penale, nonché allo sviluppo ulteriore della cooperazione internazionale nella lotta alla criminalità transnazionale ed all’effettiva prevenzione della criminalità. Alcuni punti della dichiarazione trattano specificatamente la definizione di impegni verso l’introduzione di «*adeguati programmi di assistenza alle vittime del crimine, a livello nazionale, regionale, ed internazionale, quali meccanismi per la mediazione e la giustizia riparatrice*», confermando così -seppur indirettamente - che i due concetti non siano permutabili. In senso contrario, invece, si veda M. Riondino, secondo cui «*la mediazione cerca di far riscoprire la verità, al reo e alla vittima, in termini di attualità relazionale, sollecitando un processo dinamico all’interno del quale si crei un maturo confronto responsabilizzante riferito anche ai valori etici. Per tale ragione, la mediazione costituisce una delle manifestazioni più concrete della giustizia riparativa*» (relazione tenuta al congresso “First World Congress on Restorative Juvenile Justice di Lima – Perù dal 4 al 7 novembre 2009 e pubblicata su *Apollinaris* 1-2 (2009), pp. 447-466).

²² Il riferimento è alla legge n. 67 del 28 aprile che, oltre ad inserire un titolo V *bis* nel libro VI (relativo ai procedimenti speciali) del codice di rito ha, tra l’altro, introdotto gli art. 168 *bis*, 168 *ter* e 168 *quater* nel codice penale, consentendo anche ai maggiori di età di ricorrere alla sospensione del processo con messa alla prova. Sul punto, si veda B. Bertolini, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in Aa. Vv. (a cura di Aprati, La Regina, Marandola), *Verso un processo penale accelerato: riflessioni intorno alla l. 67/2014, al D. Lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/14*, collana dell’Univ. La Sapienza-Dip. scienze giuridiche, Napoli, 2015.

²³ Con specifico riferimento alla rilevanza della mediazione in siffatto procedimento speciale, val la pena di evidenziare come il comma 4 dell’art. 464 *bis* stabilisca che all’istanza di messa alla prova debba essere allegato un programma di trattamento (o almeno una richiesta di programma), elaborato d’intesa con l’ufficio di esecuzione penale esterna, che preveda: le modalità di coinvolgimento dell’imputato, nonché del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile (lett. a); le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l’imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni, nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all’attività di volontariato di rilievo sociale (lett. b); nonché un generico riferimento a *condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa* (lett. c), senza alcuna specifica previsione di quale sia la concreta rilevanza di queste ultime che, di conseguenza, vengono rimesse all’assoluta discrezionalità del giudice procedente.

²⁴ Esigenze che, ad esempio, trascendendo la dimensione patrimoniale, si inquadrino sotto il profilo “umano” ed interpersonale.

*promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa»²⁵. Si tratta, a ben vedere, dell'unico rimando diretto alla mediazione, atteso che – come già si diceva – le ulteriori fattispecie vanno decodificate sotto spoglie differenti. È chiaro pure, però, che percorrendo tale strada si intravede un evidente *vulnus* escatologico della figura: il legislatore proietta nella disciplina processual-penalistica la mediazione, ma non ritiene di curarsi di precisare cosa essa sia e come vada realizzata. In ultima istanza, quindi, è proprio al giudice e solo a questi che è rimessa l'individuazione di quello che deve intendersi per mediazione e dell'obiettivo ultimo che tale istituto deve perseguire (ed eventualmente conseguire). Non può che sottolinearsi, dunque, come tale disciplina, allo stato, sia caratterizzata da un preoccupante “vuoto dei fini”, non essendo ben chiaro, al di là delle petizioni di principio, quale sia l'*ubi consistam* della nuova figura, sempre che, beninteso, non ci si voglia accontentare di una mediazione che implichi e si riduca alla *eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, al risarcimento del danno dallo stesso cagionato* alla stregua di una interpretazione sostanzialmente abrogatrice della lett. c) a vantaggio delle previsioni contenute nella lett. b) della menzionata disposizione.*

La preferenza per un'idea di giustizia riparativa incentrata quasi completamente sulla rimozione del pregiudizio arrecato essenzialmente sotto il profilo patrimoniale trova poi conferma nel recentissimo d.d.l. n. 2067 del 2015, già approvato dalla Camera dei deputati il 23 settembre 2015²⁶. L'art.1 del provvedimento, infatti, prevede l'introduzione nel codice penale di un nuovo art. 162 *ter* che, rubricato “Estinzione del reato per condotte riparatorie” disporrebbe: «*Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo»²⁷.*

Dunque, il legislatore pare ancora una volta attribuire alla vittima un ruolo piuttosto marginale, considerato che alla persona offesa viene riconosciuto essenzialmente il diritto all'*audiatur*²⁸ nell'ambito di una procedura che appare finalizzata alla dichiarazione di estinzione del reato, più che al reale soddisfacimento dei bisogni della vittima. D'altronde, ad ulteriore riprova di quanto appena descritto, basti soffermarsi sull'ultimo periodo del nuovo art. 162 *ter* c.p. ove si fa riferimento alla possibilità di dichiarare estinto il reato in presenza di un'offerta (effettuata ai sensi del 1208 c.c.) che, pur non essendo stata accettata dalla persona offesa, sia comunque ritenuta congrua dal giudice.

²⁵ Cfr. Tonini, *Manuale di Procedura penale*, Milano, 2016, 824, che sottolinea come la messa alla prova comporta una serie di obblighi di *facere* volti, per un verso, a riparare e, per altro verso, a conseguire un recupero sociale della persona.

²⁶ Recante «modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena».

²⁷ Per un approfondimento sul punto si rimanda a O. Murro, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato: verso l'introduzione dell'art. 162-ter c.p.*, in Aa. Vv. (a cura di Aprati, La Regina, Marandola), *Verso un processo penale accelerato: riflessioni intorno alla l. 67/2014, al D. Lgs. 2872015 e al d.l. 2798/14*, collana dell'Univ. La Sapienza-Dip. scienze giuridiche, Napoli, 2015.

²⁸ Peraltro dal d.d.l. non è neppure chiaro se la persona offesa sia titolare di un vero e proprio potere di opposizione o invece esprima semplicemente parere non vincolante per il giudice. Nel primo caso, poi, non è agevole comprendere se la “procedura di estinzione” si arresti o se il giudice sia costretto a qualche forma procedimentale aggravata come quella prevista dall'art. 409 comma 2 c.p.p. in seguito all'opposizione alla richiesta di archiviazione *ex* art. 410 c.p.p.

5.- Dunque, pare potersi affermare che il *leit-motiv* dei più recenti interventi legislativi sia costituito da una tendenza a compiere scelte di “degiurisdizionalizzazione” che, pur inquadrandosi nell’ambito della giustizia riparativa, non percorrono quella strada di valorizzazione del rapporto tra vittima e reo che dovrebbe costituire il cuore pulsante di una vera ed efficace mediazione penale.

Si potrebbe, in realtà, parlare però di una degiurisdizionalizzazione del tutto *sui generis*, perché realizzata mediante un provvedimento del giudice²⁹, ma che, tuttavia, potrebbe rientrare nel *genus* per il semplice fatto che si tratta di uno strumento che veicola una esigenza della giurisdizione alla sua rapida cessazione³⁰, indipendentemente – come si diceva – da una effettiva valorizzazione della posizione della vittima³¹: sarebbe degiurisdizionalizzazione, quindi, in quanto fuga dalla funzione primaria della giurisdizione penale, ossia quella di garantire un accertamento dotato di certe imprescindibili garanzie nel pervenirsi ad un giudizio sulla responsabilità di un soggetto accusato di aver commesso un fatto penalmente riprovevole. Qui la giurisdizione rinnegherebbe se stessa, perché si “disinteresserebbe” della responsabilità penale per divenire giurisdizione “di riparazione”. E tuttavia, ragionando in questi termini, delle due l’una: o il comportamento incriminato si assume *ex se* lesivo di un bene giuridico meritevole di protezione penale e, dunque, occorre l’intervento della giurisdizione per accertare le responsabilità³², o l’aggressione del bene fin dall’inizio non è tale da integrare una lesione cui lo Stato deve rispondere con la sanzione penale (che, si badi, è *extrema ratio*) e quindi il problema non è nell’estinzione del reato per condotte riparatorie, ma nell’assenza di rilevanza penale di un conflitto che può essere risolto in una dimensione essenzialmente risarcitoria, dunque civilistica.

D’altronde è piuttosto curioso affermare che l’assoggettabilità a pena di un fatto (già *ex se* ritenuto penalmente riprovevole, se previsto come reato dalla legge) sia condizionata alla non riparazione del danno da parte dell’agente: quasi una riprovevolezza “*de relato*”, potremmo dire. Ebbene, queste costruzioni, che raggiungono vette di complessità sistemica (o contraddittorietà?) piuttosto preoccupanti, non possono che inquadarsi nell’ottica di una maldestra de-penalizzazione attuata mediante la de-giurisdizionalizzazione, quest’ultima da intendersi, come si diceva, quale fuga o sottrazione della giurisdizione dai suoi nobili scopi primari per il perseguimento di un più urgente obiettivo di deflazione: è evidente che gli istituti analizzandi aspirano a migliorare l’efficacia³³ del sistema giustizia, non la sua efficienza³⁴.

Ritornando, poi, alla analisi della compatibilità della mediazione penale con il nostro sistema, non bisogna dimenticare come in Italia esista il “problema” dell’obbligatorietà dell’azione penale.

Essa, invero, potrebbe rappresentare un limite alla diffusione della sperimentazione in materia penale di forme di giustizia riparativa basate realmente sulla mediazione, anche se non è l’art. 112 Cost. (che prevede l’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale) l’unico vero ostacolo: se è

²⁹ Provvedimento che, peraltro, nel caso dell’introducendo 163-ter c.p. è contraddistinto da una certa qual discrezionalità soggettivistica per l’ipotesi in cui l’offerta, pur sia stata accettata dalla vittima, sia ritenuta congrua dal giudice.

³⁰ Il prefisso traduce per l’appunto l’idea di allontanamento, di sottrazione, di fuga, in questo caso applicata alla funzione primaria della giustizia e del diritto penale.

³¹ Il legislatore invero resta fedele a quell’approccio patrimonialistico che è oramai in via di superamento perfino in quel luogo che ne ha rappresentato il tempio sacro, ossia il codice civile.

³² Si potrebbe invero obiettare che si tratta pur sempre di fattispecie punibili a querela e rispetto alle quali, dunque, l’ordinamento valorizza la “richiesta di punizione” del privato”, ma i piani non sono sovrapponibili: la eventuale remissione della querela determina il riemergere di un ostacolo all’esercizio dell’azione penale, dunque il reato c’è (o meglio, potrebbe esserci), ma il soggetto passivo non vuole (più) che venga punito (perseguito); nel caso del nuovo 163-bis, invece, è il reato stesso a venir meno (si estingue, per l’appunto) e ciò anche indipendentemente e contrariamente dalla volontà di punizione di quella vittima cui pure però il legislatore aveva subordinato la perseguibilità del reato. Una vera e propria contraddizione in termini, per certi versi.

³³ *Id est* rapidità di definizione

³⁴ *Id est* ponderata tutela di tutti gli interessi coinvolti.

vero che questo principio è funzionale alla salvaguardia dell'uguaglianza di tutti davanti alla legge intesa soprattutto come caratteristica generale del complessivo sistema della giustizia penale, tuttavia è anche vero che, in tema di reati procedibili ad istanza di parte, una mediazione anteriore alla presentazione della *notitia criminis* o volta a conseguire una sua revoca non viola certamente il canone di obbligatorietà dell'azione penale³⁵.

Anche in questo caso, la mediazione avrebbe come effetto quello di deprocessualizzare, perché qualora riuscisse ad evitare addirittura la presentazione della querela da parte della persona offesa, eviterebbe l'instaurazione del processo o, almeno, la normale prosecuzione fino all'eventuale sentenza di condanna e, quindi, sarebbe inquadrabile nel novero dei meccanismi che modificano la normale sequenza di atti del procedimento penale prima della pronuncia sull'imputazione³⁶: è evidente che la procedibilità *ex officio* per alcuni reati (proprio per quelli dove potrebbe funzionare la mediazione) sarebbe un palese limite a qualsiasi forma di mediazione penale concepita in tal senso.

Ma, le criticità maggiori sorgono rispetto alla constatazione che lo strumento della mediazione verrebbe utilizzato per porre in relazione dialogica la persona offesa dal reato e il suo offensore quando ancora tali figure – a rigor di codice – non esistono: qui, infatti, si riscontra un altro, insuperabile, limite della mediazione penale, perché questa dovrebbe presupporre la reità dell'indagato o imputato, che contrasterebbe apertamente con la presunzione di non colpevolezza sancita dall'articolo 27 comma 2 della nostra Costituzione ed affermata altresì dall'art. 6 CEDU e dall'art. 14 del Patto³⁷.

Inoltre, se l'effettuazione della mediazione esigesse la preventiva confessione del soggetto nei confronti del quale si è instaurato un procedimento, si violerebbe il principio del *nemo tenetur se detegere*, fondato sull'art. 24, comma 2, della nostra Costituzione (³⁸), che a sua volta è fondato sulla presunzione di innocenza, giacché sarebbe contraddittorio pretendere un contributo conoscitivo alla ricerca della verità da parte di colui che va presunto estraneo al fatto per cui si procede³⁹.

La mediazione penale ha quindi un vizio di origine: il difficile rapporto con le garanzie processuali⁴⁰, anche se venissero attentamente vagliati i regimi di conoscibilità da parte dell'autorità

³⁵ Corte Cost., 15/2/1991, n. 88, in *Giur. Cost.* (1991), 590.

³⁶ Com'è stato giustamente proposto da Macrì (in AA.VV., *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. C. Palazzo, R. Bartoli, Firenze, 2011, 25-26), la mediazione civile in casi di *medical malpractice* potrebbe avere effetti positivi anche sul contenzioso penale, oltre che su quello civile. Basterebbe quindi che il legislatore intervenga opportunamente sui termini per proporre querela: infatti, nei casi di lesioni colpose, procedibili a querela, i casi di definizione consensuale della controversia si riducono drasticamente quando la querela sia già stata proposta. Pertanto, aumentare il termine per la proposizione della stessa (magari passando da tre a sei mesi, come, del resto, è già avvenuto di recente per alcuni reati) renderebbe più efficace il ricorso alla mediazione, così come la previsione di cause di estinzione del reato, qualora il procedimento di mediazione si concluda positivamente.

³⁷ E in effetti, la prassi ha dimostrato quasi subito le paventate criticità: invero, nonostante un largo ricorso a quest'ulteriore e nuovo rito alternativo (e, per certi versi, rivoluzionario per una definizione realmente alternativa del processo), sono state sollevate numerose questioni di incostituzionalità degli articoli inseriti dalla legge n. 67/2014, per la cui completa disamina si rinvia a Della Torre, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, su dirittopenalecontemporaneo.it. In particolare, con la prima - in ordine cronologico - ordinanza di rimessione, il Tribunale di Grosseto ha rilevato la questione di incostituzionalità delle norme in esame, in riferimento agli artt. 3, 111 comma 6, 25 comma 2 e 27 comma 2, in quanto, secondo il vigente ordinamento processuale e costituzionale, la irrogazione della pena criminale stabilita nel titolo esecutivo provvisorio che dispone la messa alla prova sembrerebbe fondarsi sull'enunciazione di un giudizio di colpevolezza esplicitamente o implicitamente formulato in maniera illogica e/o fittizia (Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, T.F., in G.U., n. 35 del 2 settembre 2015 (atto di promovimento n. 157)).

³⁸ C. EDU, 17/12/1996, Saunders c. Regno Unito, par. 68.

³⁹ V. Ubertis, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2004, 139.

⁴⁰ Cfr. Kostoris, *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, 2007, Giuffrè, 148 e ss.

giudiziaria di quanto accaduto durante lo svolgimento della mediazione, soprattutto nel caso di esito negativo dell'esperimento di mediazione.

6.- Inoltre, sembra proprio che lo Stato italiano non sia intenzionato a rinunciare ad amministrare in via esclusiva la giustizia penale anche alla luce di altre scelte legislative, così come, infatti, è avvenuto con l'intervento legislativo nell'ambito di uno dei classici reati di genere (ossia, lo "stalking"), nato sull'onda emotiva di diversi casi di cronaca che ha spinto il legislatore nazionale ad adottare in via d'urgenza un decreto legge per introdurre nel nostro sistema penale il reato di atti persecutori⁴¹.

Il legislatore, però, non si è limitato ad inserire nel sistema sanzionatorio la fattispecie di cui all'art. 612-*bis* del codice penale, recante "atti persecutori", ma ha anche introdotto la peculiare procedura dell'avvertimento orale, che potremmo definire una embrionale – seppur maldestra – forma di mediazione.

Infatti, la legge prevede che la condotta di atti persecutori – procedibile, nelle sue forme semplificate, ad istanza di parte – possa essere preceduta da una richiesta che la vittima propone non ad un organismo di mediazione, bensì all'Ufficio Territoriale di Governo che, una volta ricevuta la diffida, convoca il presunto autore del reato (non tanto presunto) per "invitarlo" semplicemente ad astenersi dal continuare ad osservare quel comportamento, pena la procedibilità *ex officio* del reato se la condotta venisse ulteriormente perpetrata⁴².

Una figura, questa, che sicuramente solleva qualche perplessità nell'interprete, poiché, seppur non rientrante nel vero e proprio concetto di mediazione, fa comprendere quanto sia restio il nostro legislatore riguardo a prospettive di mediazione, senza però rendersi conto di come possano essere devastanti gli effetti sull'accertamento penale di questa procedura di ammonimento, dal momento che neanche la prassi è riuscita a spiegare univocamente la valenza probatoria degli atti compiuti in tale sede.

Sembra, invece, assolutamente auspicabile che possano essere seguiti nel nostro Paese gli esempi di Austria e Belgio, Paesi in cui si sono sperimentate con successo procedure di mediazione penale efficaci⁴³, sempre senza dimenticare esperienze quale quella francese, da cui pure è possibile ricavare utili spunti.

In Austria, per la mediazione penale ha avuto una notevole importanza la criminologia critica e, al fine di consentire la deprocessualizzazione in un ordinamento altrimenti vincolato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, si è investito molto sulla formazione dei mediatori professionisti, nei quali gli austriaci mostrano di riporre la massima fiducia: essi sono, infatti, giuristi oppure

⁴¹ Il riferimento è al D.L. 23/2/2009, n. 11, conv. in L. 23 aprile 2009, n. 38.

⁴² Contemporaneamente, tuttavia, si vuole che le stesse autorità di pubblica sicurezza diventino sempre più attori positivi di un tentativo di mediazione (sempre fini di degiurisdizionalizzazione, evidentemente). Prova lampante ne è la previsione contenuta già nell'art. 1 co. 2 del Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773 (Testo unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza) ove si dispone che "Per mezzo dei suoi ufficiali, ed a richiesta delle parti, provvede alla bonaria composizione dei dissidi privati". Gli artt. 5 e 6 del regolamento TULPS, poi, specificano le modalità attraverso cui questa operazione di mediazione deve realizzarsi: "Per la composizione dei privati dissidi di cui all'art. 1 della Legge, l'autorità di pubblica sicurezza invita le parti a comparire dinanzi ad essa in un termine congruo per il tentativo di conciliazione", dopo di che "L'autorità di pubblica sicurezza chiarisce alle parti la questione di fatto e i principii di diritto ad essa applicabili senza imporre il suo giudizio, e, salvi gli eventuali provvedimenti di competenza dell'autorità giudiziaria, adotta, ove sia il caso, o un provvedimento conservativo di soddisfazione delle parti in contesa o un temperamento di equità che valga a prevenire eventuali incidenti. Del seguito procedimento si prende nota negli atti di ufficio e si stende processo verbale, ove lo si ritenga necessario. Il processo verbale, firmato dalle parti e dal funzionario, può essere prodotto e fa fede in giudizio, avendo valore di scrittura privata riconosciuta ...".

⁴³ Così come è emerso nell'ambito del congresso internazionale denominato *Giustizia riparativa e mediazione in materia penale in Europa*, tenutosi a Greifswald, Germania, il 4-5 maggio 2012.

assistenti sociali o psicologi, ma pur sempre con una formazione giuridica e con l'obbligo di un costante aggiornamento⁴⁴.

In Belgio⁴⁵, invece, la giustizia riparativa è ampiamente riconosciuta nella giustizia ordinaria, in tutte le sue forme. La mediazione penale può dirsi indirettamente riconosciuta per i reati per cui il pubblico ministero ritiene che si possa applicare la pena di 2 anni, massimo, di reclusione: il p.m., infatti, può subordinare l'archiviazione ad alcune misure, tra le quali rientra anche la riparazione e, per favorirla, può dare corso direttamente, attraverso alcuni assistenti, ad una "mediazione", che ha la peculiarità di essere orientata in misura molto netta a favore dell'indagato.

Una diversa forma di mediazione, invece, è stata introdotta solo nel 2005, per i reati più gravi, con l'obiettivo di far evolvere l'applicazione dello strumento, sottraendolo ad una spiccata funzione alternativa al processo: in questo caso, l'esito positivo della mediazione può essere considerato dal giudice esclusivamente in sede di commisurazione della pena.

Dal punto di vista quindi dell'inquadramento sistematico nell'ambito del procedimento penale, in Belgio si individuano due livelli principali di intervento: nel corso del procedimento, prima della sentenza, e nell'ambito dell'esecuzione della pena. È evidente che nel primo caso un esito positivo della mediazione annotato in un accordo scritto possa esser preso in considerazione dall'autorità giudiziaria interessata (pubblico ministero o giudice). Per quel che riguarda le parti private (accusato e vittima), poi, il maggior pregio che la mediazione dimostra consiste nella possibilità di gestire il risarcimento in modo nettamente più soddisfacente poiché il mediatore ha la possibilità di integrare il danno finanziario ad altre aspettative relazionali ed emozionali, ciò permettendo una considerazione del risarcimento più obiettiva e realistica. Per quel che concerne invece la mediazione nell'ambito dell'esecuzione della pena, il ricorso allo strumento si può realizzare sia nell'ambito di uno spazio di dialogo strettamente confidenziale per gestire le conseguenze emozionali e traumatiche del reato (quindi senza alcun impatto su eventuali decisioni sull'esecuzione della pena), sia attraverso una concertazione più pragmatica, finalizzata a gestire le difficoltà o preoccupazioni relative alle prospettive di liberazione del reo; in questo caso, la mediazione permette di stabilire provvedimenti concreti che saranno utilmente presi in conto dal tribunale di sorveglianza.

Anche l'esperienza francese, poi, merita attenzione per alcune interessanti peculiarità. A partire dagli anni 1989-90, infatti, si sono create delle *maisons de justice et du droit* che, posizionate in quartieri a rischio, hanno rappresentato il tentativo di realizzazione di una forma innovativa di giustizia di prossimità. Tale prototipo di mediazione, poi, è stato legittimato prima nel 1998 e poi nel 2008 con l'inserimento di una serie di norme nel Codice di rito. In particolar modo, le *maisons de justice et du droit* sono soggette all'autorità del presidente del *tribunal de grande instance* e del procuratore della Repubblica presso il tribunale del luogo dove hanno sede. Tali strutture costituiscono una presenza giudiziaria di prossimità e contribuiscono alla prevenzione della delinquenza, all'aiuto alle vittime e all'accesso al diritto. Si possono qui esercitare le misure alternative al trattamento penale e le azioni tendenti alla risoluzione amichevole dei litigi. Il codice di procedura penale, poi, contiene alcune disposizioni che favoriscono la composizione alternativa dei conflitti tra cui, con riguardo specifico alla mediazione, è centrale l'art. 41-1 secondo cui «*Se risulta che tale misura è suscettibile di risarcire il danno causato alla vittima, di porre fine al disagio determinato dalla violazione o che possa contribuire alla rieducazione del condannato, il procuratore della Repubblica può, prima della sua decisione sull'azione pubblica, direttamente o per delega:(omissis) far procedere, con l'accordo delle parti, una missione di mediazione tra*

⁴⁴ Maggiori informazioni sui requisiti formativi e di altro genere necessari per la registrazione come mediatore in Austria sono rinvenibili all'indirizzo <http://www.mediatorenliste.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/docs/home>.

⁴⁵ Una panoramica esauriente sull'assetto normativo belga in materia è disponibile all'indirizzo https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-be-it.do?member=1

l'autore e la vittima.(omissis)». Dunque si tratta di una mediazione preventiva, poiché il suo intervento si apprezza quando ancora non si è promossa l'azione penale. La vittima ed il reo, ad ogni modo, devono necessariamente aver manifestato il loro consenso alla mediazione. I fatti per i quali è possibile la rimessione in mediazione, poi, non devono essere complessi ed è necessario che il reo si sia riconosciuto responsabile del reato. Ciò rappresenta, com'è evidente, un indubbio profilo di criticità rispetto alla esigenza di mantenere impregiudicata la presunzione di non colpevolezza all'interno delle procedure di mediazione. La mediazione può poi anche essere condotta dallo stesso procuratore, ma è ipotesi abbastanza rara perché spesso questi non ne ha la qualifica. Il caso più frequente, dunque, è quello della delega: viene utilizzata una persona fisica o giuridica – ad esempio le *maisons de justice et du droit* – a cui è riconosciuta competenza ed esperienza.

Conclusioni. Ritengo che, in ambito penalistico, non si possa auspicare un procedimento di mediazione che sia completamente sottratto alla giurisdizione, la quale dovrebbe, invece, avvalersi sempre più di personale qualificato e specializzato per risolvere la situazione sorta in seguito alla commissione di un presunto reato⁴⁶.

Sebbene, infatti, i risultati in tema di mediazione civile restituiscano un quadro complessivo di tendenziale innalzamento del tasso di controversie in cui lo strumento consegue il suo obiettivo⁴⁷, vero è che tali dati non autorizzano automaticamente a ritenere tale esperienza *sic et simpliciter* permutabile in ambito penalistico. La tipologia di beni (contrapposti) che qui vengono in rilievo e le dinamiche sì complesse (perché garantiste del rito) rendono più che mai giustificate le perplessità sulla creazione di qualsiasi istituto che dia spazio a forme di mediazione penale, a meno che ciò non avvenga in base a determinate, specifiche e peculiari condizioni, compatibili con le fondamenta giuridiche del nostro sistema.

Invero, allo stato la mediazione si porrebbe quale ulteriore profilo di snaturamento di un sistema processuale affetto da già gravi problemi legati a infauste scelte di politica criminale che, se da una parte, hanno degiurisdizionalizzato fin troppo il processo penale, dall'altra, hanno grandemente anticipato la soglia di giudizio. Peraltro, prima di arrendersi dinanzi all'insostenibile peso della giustizia penale sarebbe opportuno dar corso ad sicuramente un radicale, franco e antipopulista intervento di depenalizzazione, così da agire sulle cause più che sui semplici effetti della elefantica inefficienza di funzionamento del "sistema giustizia". Di tale necessità solo di recente finalmente il legislatore pare aver acquisito contezza, come testimonia l'articolo 2, comma 2, della legge delega 28 aprile 2014, n. 67 (⁴⁸) attuata con i recentissimi decreti delegati n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016, pubblicati in G.U. del 22 gennaio (con vigenza dal 6 febbraio 2016). Sebbene la riforma sia stata salutata da alcuni come "storica" e non sia questa la sede opportuna per procedere ad una dettagliata

⁴⁶ In proposito autorevoli sono gli spunti che si traggono, anche in chiave interdisciplinare, in *La messa alla prova* (collana "Problemi attuali della giustizia penale". Studi raccolti da A. Giarda – G. Spangher – P. Tonini, Padova, 2010,) ove, muovendo dalla messa alla prova nel giudizio minorile quale simbolo per una efficace *diversion* del sistema-giustizia, già si giungeva, *de jure condendo*, a prefigurare uno spazio di mediazione penale autonomo da estendere anche agli adulti.

⁴⁷ Secondo il Ministero della Giustizia, nel primo trimestre del 2015 le istanze di mediazione depositate sono aumentate del 22% e aumenta anche l'adesione delle parti invitate, che si attesta al 44,9%. Se i *trend* del primo trimestre venissero confermati, dunque, nel 2015 le istanze di mediazione raggiungerebbero la ragguardevole quota di 220.000 casi, i primi incontri sarebbero oltre 100.000 e gli accordi in mediazione oltre 30.000.

⁴⁸ Che ha conferito un'amplia delega al Governo per la trasformazione di taluni reati in illecito amministrativi e per la sussunzione di talaltri nella nuova e originale figura dell'illecito punito con sanzione pecuniaria civile.

analisi delle plurime implicanze che le modifiche così apportate determineranno⁴⁹, può comunque qui accennarsi come per un verso la novella sembra aver (almeno in parte) deluso le attese sotto il profilo “quantitativo” della depenalizzazione, considerato come, quantomeno a livello codicistico, tutto sommato esigui sono i reati abrogati e, per altro verso, essa ha introdotto un sistema di sanzioni (civili e amministrative) quanto mai aspro⁵⁰ che sembra mirare a scoraggiare la commissione delle nuove fattispecie attraverso la minaccia di una punizione (per quanto economica e non più *de libertate*) esemplare.

Tornando al tema precipuo della trattazione, va aggiunto ancora che potrebbe essere utile, invece, come dimostra l’esperienza belga, la creazione di forme di “mediazione *post iudicium*”, finalizzate alla valorizzazione di scambi emozionali tra i soggetti coinvolti nel fatto-reato così da fornire un canale attraverso il quale soddisfare quei bisogni di comunicazione con il “reo”, che la vittima o i suoi congiunti potrebbero avvertire.

Sempre che questi ultimi ne esprimano il desiderio, infatti, la disponibilità dell’individuo già riconosciuto dalla giurisdizione colpevole ad avviare un processo di comunicazione controllata può risultare straordinariamente importante per ambedue le parti: ci può essere, per tale via, infatti, la possibilità di esprimere liberamente i propri sentimenti e di rendersi disponibile a dare chiarimenti sui fatti in un modo diverso di quello avvenuto in aula; da parte della vittima, invece, ci può essere la volontà di avere risposte ad interrogativi psicologicamente significativi sul reato o sul reo, risposte che, nella sacra e inviolabile ritualità liturgica del processo, non è possibile ottenere. Significativo, ad esempio, è il caso relativo ad una vicenda criminale che aveva sconvolto l’opinione pubblica belga, ossia l’uccisione di due fidanzati in un parcheggio. Anche se il processo si era concluso con la condanna dell’assassino, il padre della giovane vittima era rimasto oltremodo deluso del giudizio, non avendo esso fornitogli le risposte necessarie per agevolare la elaborazione del lutto. Attraverso l’azione dell’associazione “Mediante”, tuttavia, è stato possibile aprire un canale di comunicazione tra il genitore e l’assassino, ed i risultati sono stati sicuramente positivi: rassicurato e sorpreso per aver potuto cogliere nello sguardo dell’assassino «*un granello di umanità*» che non sospettava, l’uomo ha potuto affermare che «*certo, i sentimenti di odio e disprezzo sono rimasti, ma almeno la voglia di vendetta è sfumata....*»⁵¹.

Il caso riportato pare dimostrare come attraverso la creazione di percorsi controllati di dialogo tra colpevoli e vittime sia possibile agevolare il conseguimento di quella rieducazione che la nostra Carta fondamentale designa quale fine primario cui le pene devono tendere. Il processo di risocializzazione, infatti, risulterà straordinariamente efficace se il reo, acquisita consapevolezza del danno causato non solo sotto il profilo patrimoniale, ma anche e soprattutto sotto quello umano, si rendesse disponibile a fare quanto in suo potere per alleviare le sofferenze della vittima.

Concludendo, *in medio stat virtus*, volendo intendere la necessità di “mediare” anche nella scelta di quale sia il modello di mediazione penale che vogliamo per il nostro ordinamento.

⁴⁹ Per un primissimo commento alle novelle si rimanda, comunque, a G.L.Gatta, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, articolo del 25 gennaio 2016 pubblicato su penalecontemporaneo.it.

⁵⁰ Che in alcuni suoi profili potrebbe anche esser sospetto di illegittimità costituzionale per violazione del principio di proporzionalità e che, per i giudizi pendenti, potrebbe generare complesse questioni di di successioni di leggi nel tempo *sub specie* di individuazione e applicazione della norma più favorevole (*ex art. 2. co. 4 c.p.*) atteso come da un lato il soggetto cui è contestato il nuovo illecito viene “espropriato” delle garanzie proprie della giurisdizione penale e per altro verso le sanzioni (civili o amministrative) cui potrebbe esser soggetto sono molto spesso di gran lunga più afflittive di quelle previste dalle norme penali.

⁵¹ L’esempio è riportato da Antonio Buonatesta, (Direttore dell’associazione “MEDIANTE” per il Belgio) nel corso dell’intervento presentato al seminario “Territorial Network for the mediation in conflict” svoltosi a Palermo il 26 maggio 2009. La documentazione integrale è disponibile sul sito web dell’associazione all’indirizzo http://www.mediante.be/documentation/buonatesta_a_la_mediazione_nell_ambito_penale_in_belgio.pdf.

Abstract.- Nel nostro Paese, come in altri dell'Unione Europea, si è registrata negli ultimi anni una forte attenzione per la giustizia riparativa, la quale può definirsi come una possibile risposta al *crimen* che coinvolge il suo autore e - direttamente o indirettamente - la comunità e/o la vittima, nella ricerca di possibili soluzioni agli effetti dell'illecito e in una prospettiva concreta volta alla riparazione delle sue nefaste conseguenze.

Tra le forme più emblematiche di giustizia riparativa si colloca la mediazione, che la Raccomandazione 19(99) del Consiglio d'Europa definisce come « procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo indipendente (mediatore) ».

Allo stato, nel sistema processuale italiano la mediazione penale ha trovato peculiare applicazione in ambito minorile, in relazione ai reati procedibili a querela di parte di competenza del giudice di pace e, per certi versi, con la recentissima estensione dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova anche agli adulti. Ciononostante, tenuto conto delle caratteristiche di detti micro-sistemi - come pure del largo impianto di garanzie che costituisce corredo essenziale dell'ordinamento processuale penale -, risulta difficile, per diverse ragioni, ipotizzare spazi concreti e duraturi per una mediazione penale propriamente detta.

In particolare, l'esempio della "nuova" messa alla prova per gli adulti è significativo: da un lato è possibile evidenziare come il legislatore, pur proiettando nella disciplina processual-penalistica la mediazione, non precisi cosa essa sia e come vada realizzata, rimettendo al giudice la tale determinazione concreta nell'ambito di un preoccupante "vuoto dei fini", dall'altro, poi, è pure chiaro che l'elevato numero di questioni di legittimità costituzionale che sono state al riguardo sollevate dimostra, quantomeno *prima facie*, che il nostro sistema è piuttosto riottoso alla deviazione dal modulo giurisdizionale ordinario, soprattutto in virtù dell'indisponibilità delle garanzie che la giurisdizione stessa offre.

Se ciò è vero, poi, è evidente che laddove si ipotizzasse una qualche forma di mediazione penale "pura" (cioè sul modello di quella prevista per il diritto civile), ancor maggiori e forse insormontabili sarebbero le criticità emergenti, atteso che, ad esempio, il potere di risarcire una vittima sarebbe rimesso non più al giudice, somma espressione della garanzia della giurisdizione, ma ad un privato che, seppure terzo ed imparziale, sarebbe sempre privo della funzione della *iurisdictio*. Va pure detto, poi, che molto spesso è più che legittimo il sospetto che gli interventi volti a incentivare il ricorso a condotte *lato sensu* riparatorie perseguano in via precipua un pragmatico fine deflattivo, più che di reale composizione dei conflitti o della loro "deflagrazione" in sede giudiziaria.

D'altro canto, tuttavia, anche la normativa comunitaria e sovranazionale impone di valorizzare appieno la vittima, dotandosi di adeguati e specifici strumenti di tutela.

E dunque, in ossequio al sempre valido brocardo *in medio stat virtus*, non si può e non si deve né abiurare la giurisdizione, né abiurare la mediazione, ma, anzi, si può ipotizzare il rafforzamento della prima attraverso l'implementazione della seconda. Mediante il coinvolgimento attivo nell'esercizio delle funzioni giudiziarie di personale dotato di competenze tecniche che agevoli la creazione di percorsi controllati di dialogo tra colpevoli e vittime, infatti, si può ipotizzare un più agile conseguimento di quella rieducazione che la nostra Carta fondamentale designa quale fine primario cui le pene devono tendere, senza essere costretti a rinunciare a quelle garanzie che la Carta stessa detta e che rappresentano indefettibili conquiste di civiltà.

In our country, like in other ones in the European Union, the issue of restorative justice has recently drawn public attention; it may be defined as the possible solution to a crime that involves the

offender and – directly or indirectly – the community and/or the victim, aiming to repair the effects of the offense.

Defined as “any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)” (Appendix to Recommendation No. R (99) 19 of the Council of Europe), mediation is one of the prime examples of restorative justice.

Presently, in the Italian criminal system, despite penal mediation having been addressed to juvenile issues, to offenses prosecutable on the action of the injured party within the competence of the Justice of peace, and recently with the extension of the “probation” system to the adult-justice, considered its features and the guarantees embedded in it, it seems hard to identify a concrete field where to implement mediation for several reasons.

In the event that a form of mediation in Italian criminal law were hypothesized, the power to compensate a victim would be no longer assigned to the Judge – who represents the highest expression of guarantee – but to a private citizen who, although impartial, would lack the function of the jurisdiction. Similarly, how to conciliate a form of mediation with the basic principles of the obligatoriness of criminal action (art. 112 Cost) and the presumption of innocence (art. 27 Cost)?

In this matter, we must not give up the jurisdiction, nor renounce the mediation, while it could be assumed the strengthening of the first through the implementation of the second. Only the use of qualified personnel in the exercise of judicial functions, to facilitate the creation of controlled paths of dialogue between perpetrators and victims, we could realize the rehabilitative purpose of the punishment that our fundamental Charter designates as its primary goal, without sacrificing the guarantees established by our Constitution and representing unfailing achievements of a legal civilization.