

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/11/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30552-la-mediazione-penale-qual-metodo-alternativo-di-soluzione-del-conflitto-nella-prospettiva-comparatistica>

Autore: Di Gangi Maria Chiara

La mediazione penale quale metodo alternativo di soluzione del conflitto nella prospettiva comparatistica

La mediazione penale quale metodo alternativo di soluzione del conflitto nella prospettiva comparatistica.

Maria Chiara Di Gangi*

* **Avvocato del Foro di Palermo, Dottore di Ricerca in Diritto Comparato, Arbitro.**

1. Introduzione: crisi delle pene tradizionali. Il dibattito italiano sugli scopi della pena. – 2. La mediazione penale in Austria, Germania ed in Francia. – 3. “Mediazione penale” ed “attenzione alla vittima” nella normativa europea ed internazionale. - 4. Fonti normative che aprono alla mediazione penale nell’ordinamento giuridico italiano. – 5. La riparazione nell’ordinamento italiano: obiettivi e rapporto con gli scopi tradizionali della pena. - 6. La mediazione penale quale metodo A.D.R..

1. Introduzione: crisi delle pene tradizionali. Il dibattito italiano sugli scopi della pena.

Se è prospettabile una trasfigurazione della Giustizia con in mano il simbolico, e non meno tagliente, ramoscello d’ulivo al posto della metallica spada (1), se riusciamo a metabolizzare il suggerimento che Dostoevskij dà a qualunque lettore di buona volontà: “...*afferra te stesso e fatti responsabile di tutti i peccati dell’umanità. Eppoi, amico mio, la cosa sta proprio così: giacché non appena ti sarai fatto, sinceramente, responsabile di tutto e per tutti, immediatamente t’ accorgerai che la cosa sta di fatto così, e che tu per l’appunto sei per tutti e di tutto colpevole...*” (2), abbiamo il dovere di ripercorrere la nostra cultura giuridica per capire da dove veniamo e dove ci troviamo.

Il significato del termine pena, lontano dall’essere univoco, ha assunto, in relazione ai tempi, molteplici sfaccettature. La norma giuridica è precetto e sanzione. Ebbene, la diatriba circa il prevalere tra la vis direttiva e la vis coattiva è antica ed, esemplificando, potremmo riferirci a due posizioni: quella kelseniana che rivendica il primato della sanzione capace di contenere in sé il precetto (3) e quella di Luciano Eusebi che, dando leggero vantaggio al precetto, lo destina alla funzione di orientamento comportamentale: la pena sarebbe solo “fattore di credibilità della norma” (4).

E’ anche vero, però, che il significato del termine pena non può non essere ricondotto ai diversi scopi che la pena è andata a realizzare nel corso del mutare di esigenze di garanzia e di emergenza (5): uniche “quinte” che hanno consentito al diritto penale di apparire in varie forme.

Le teorie sulla funzione della pena prendono l’avvio dalla cosiddetta concezione retributiva per la quale la sanzione penale serve a compensare la colpa per il male commesso. Un’idea di pena come prestazione corrispettiva del reato, tendente a riaffermare l’ordine giuridico violato (6). Di questo parere furono: Hegel, secondo il quale la pena è negazione della negazione del diritto, quindi è la riaffermazione del diritto; Kant, per il quale “...*anche quando la società civile si dissolvesse con il consenso di tutti i suoi membri l’ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato affinché ciascuno porti la pena della sua condotta...*” (7).

Dalla suddetta concezione statica si passa a quella dinamica della funzione della pena, definita prospettica perché guarda il delitto come passato e si protende al futuro: la prevenzione. Si parla di prevenzione generale per indicare una pena finalizzata a distogliere la generalità dei consociati dal commettere reati, sia attribuendo alla pena

effetto dissuasivo e deterrente ottenuto attraverso la certezza e la prontezza della effettiva applicazione della pena stessa, ovvero dando alla pena il compito di plasmare la coscienza morale dei cittadini per renderla quanto più aderente al rispetto della legge. Si parla di prevenzione speciale quando si guarda ad una pena avente la funzione di ridurre il pericolo che il soggetto, cui la stessa viene applicata, ricada in futuro nel reato. Ciò si può ottenere sia con il collocamento del soggetto potenzialmente pericoloso in carcere, ovvero con l'interdizione giuridica che impedisca al reo di perpetrare un'attività che gli abbia occasionato la commissione del delitto, o ancora attraverso la risocializzazione esclusivamente ancorata alla fase esecutiva.

Allo stato attuale credo si possa affermare che l'intento risocializzante di cui è intrisa la prevenzione speciale si sia, piano piano, ritagliato un ambito di autonomia.

La teoria rieducativa trova legittimazione nell'articolo 27, terzo comma, della Costituzione italiana nonché nella sentenza della Corte Costituzionale n.313 del 1990, per la quale "*...la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare (...)* indica una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo – tendere – vuole significare è soltanto la *presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione. (...)* Dev'essere esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 vale tanto per il Legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie".

All'uopo, dobbiamo osservare le prime tre teorie della funzione della pena nell'ambito dei momenti in cui l'Italia si è venuta a trovare. Se dalla retribuzione come male per il male ci siamo allontanati, tuttavia non riusciamo da questa a slegarci e la ancoriamo alla maschera del principio di proporzione. Quest'ultimo, però, a ben guardare vive di vita propria in quanto informa di sé ogni suddetta teoria della funzione della pena. Infatti, incardinato alla metafora della giustizia nei panni della "bilancia", tende a realizzare una proporzione tra entità della sanzione e gravità dell'offesa arrecata, tra misura della pena e grado della colpevolezza (8).

Con la riforma dell'ordinamento penitenziario, L. 26 luglio 1975 n. 354, si è data attuazione, sul terreno dell'esecuzione penale, al principio espresso dal terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione. Il carcere non deve più essere inteso come luogo di segregazione e separazione dalla società, ma come momento necessario per la rieducazione ed il reinserimento del detenuto, attraverso il lavoro, l'istruzione, le attività culturali, i contatti con il mondo esterno. La legge ha introdotto anche misure alternative alla detenzione (affidamento in prova al servizio sociale, semilibertà, liberazione anticipata).

Con l'esplosione del terrorismo e l'escalation dell'attacco allo Stato da parte della criminalità organizzata si è avuto un forte allarme sociale. Quindi, l'inversione di tendenza: lo Stato s'irrigidisce ed inasprisce il trattamento penitenziario. Solo nella metà degli anni ottanta, grazie al superamento della fase più acuta del terrorismo politico, si ha un recupero dell'ideologia rieducativa: basti pensare alla L. 24 novembre 1981 n.689 che introduce le sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi (semidetenzione, libertà controllata, pena pecuniaria) sul presupposto che la sanzione detentiva breve produca effetti più desocializzanti che rieducativi; ed alla L. 10 ottobre 1986 n.663, c.d. "legge Gozzini", che allarga le possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione, intrisa di un favor libertatis tendente ad attenuare lo stato di restrizione della persona.

Ma nuovamente negli anni novanta, con le stragi di mafia, la legislazione d'emergenza piega quella di garanzia.

Questo breve excursus permette di cogliere il legame che vi è tra la funzione della pena e le politiche criminali di volta in volta adottate dal nostro Legislatore, cioè la funzione di cui si veste il diritto penale. In questo senso, potrebbe intendersi la sentenza della Corte Costituzionale n. 306 del 1993.

Quale finalità guida davvero il diritto penale? La prevenzione generale? La prevenzione speciale? La rieducazione del reo? Ha funzione moralizzante? (9) E' un diritto ne peccetur ma anche ne punietur (cioè anche nell'interesse del reo a non subire soprusi maggiori)? (10) E' solo garanzia dell'ordine della libertà? (11)

Oggi è innegabile la crisi. “Lo scandalo di una società umana che, pur essendo intelligente, penetrante, tecnicamente quasi perfetta, non trova i mezzi per far trionfare *un'equa distribuzione dei beni, con libertà, progresso, lavoro per tutti. (...) Mi turba l'incapacità pratica di escogitare un sistema di giustizia penale che assicuri insieme l'incolumità e la sicurezza dei cittadini con la dovuta deterrenza per crimini, e la riabilitazione e la restituzione alla società dei delinquenti, mantenendo il pieno rispetto della loro persona e dei loro diritti*”(12).

La crisi è data dalla lunghezza dei processi, dalla mancata certezza che all'enunciazione teorica della sanzione segua realmente una sua applicazione (cosiddetta utilizzazione simbolica del diritto penale), dalle carceri popolate troppo spesso da emarginati, dall'aumento dei tassi di criminalità e della “cifra oscura”, dai cittadini che, ignari obbedienti della luce blu che sola riempie gli appartamenti, frastornati delegano allo Stato la cura della loro angoscia anziché cominciare a parlare ricostruendo reti sociali.

Mi piace, a questo punto, riferire al sistema italiano ciò che Massimo Pavarini deduce dal sistema americano. L'Autore vede nel sistema penale una funzione di riproduzione e produzione dei rapporti di disuguaglianza. “*L'applicazione selettiva delle sanzioni penali è un momento essenziale per il mantenimento della scala verticale della società; incidendo negativamente sugli status dei cittadini appartenenti agli altri strati sociali più bassi la sanzione penale agisce in modo da contrastare l'ascesa sociale di questi*”(13). L'Autore vede il carcere come produttore sia del rapporto di disuguaglianza sia degli stessi soggetti passivi del suddetto rapporto. “Aniché essere la risposta della società ad una minoranza criminale, la pena ed il carcere sono piuttosto gli strumenti per la creazione di una popolazione criminale reclutata quasi esclusivamente nelle file della popolazione marginale e separata dalla società e da ogni riferimento con la *classe operaia*”.

Si realizza ciò che Antonio Pagliaro chiama “mercato del lavoro criminale” (14) dove la domanda di lavoro concerne un numero di soggetti superiore ai posti di lavoro criminale disponibili.

Se oggi prendono campo sia ipotesi neoretribuzioniste che ipotesi abolizioniste (15), è bene temporeggiare e soppesare le esigenze vere che possano indurci a capire cosa vogliamo dal diritto penale. L'obiettivo della risocializzazione si è fatto forte e rappresenta un'istanza critica intrinseca al sistema sanzionatorio: infatti, mostra il debito che la stessa società ha nei confronti della soluzione del problema criminale, e propone il condannato ad un futuro di integrazione piuttosto che di emarginazione. Si ipotizza il futuro diritto penale come cellula avente nucleo forte, destinato ad un circoscritto ambito di illeciti penali gravi, e citoplasma mite: area sempre più estesa di illeciti puniti con sanzioni più tenui di tipo non detentivo. S'ipotizza cioè la compresenza di un diritto penale più duro e di un diritto penale più mite. Ciò è

evidenziato dal progetto della Commissione Grosso (16), così come lo è dal D.Lgs. 28 agosto 2000 n.274 recante disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, e dal cosiddetto “rito pedagogico” (17) del D.P.R. 22 settembre 1988 n.448 contenente disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni.

E’ da notare, altresì, che le due Risoluzioni adottate dalle Nazioni Unite con la “Dichiarazione di Vienna”, incoraggiano la riparazione delle conseguenze dannose del reato e orientano alla riconciliazione tra autore e vittima (18) Sono i paragrafi 27 e 28 che promuovono a livello nazionale ed internazionale politiche di riparazione e sostegno per le vittime (19).

Si parla di riparazione e mediazione. Potremmo ipotizzare che la Restorative Justice prenda le distanze dalle tre teorie della funzione della pena: retributiva, di prevenzione generale e di prevenzione speciale. Potremmo immaginare che la stessa si riconnetta alla teoria rieducativa. Gli obiettivi della giustizia ripartiva (20), infatti, sono: mettere in luce la vittima con la sua sofferenza psicologica, fisica ed economica, restituendole la parola. Al contempo, dare al reo uno spazio tendente ad escludere la sua emarginazione interiore di scelte, oltre che sociale: solo il reo dovrà decidere se optare per la via riparativa; in questa direzione ci indirizza anche il verbo “tendere” dell’articolo 27, terzo comma, della nostra Costituzione. Altro obiettivo è il coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione, responsabilizzandola.

L’International Scientific and Professional Advisory Council ha elencato varie tecniche e strumenti propri della giustizia riparativa, tra i quali vi è la Victim Offender Mediation tendente a ricostituire rapporti comunicativi per mettere a punto un programma di riparazione.

Nel citoplasma della cellula diritto penale potrebbero, quindi, farsi rientrare questi nuovi “modus vivendi”: riparazione e mediazione che, proprio perché portatori di umiltà, sarebbero pronti, qualora falliscano, a lasciare spazio alle tradizionali e tipiche sanzioni già conosciute ma sempre da ispirare alla teoria rieducativa.

La cellula siffatta, fecondata dall’autonomo principio della proporzione, potrà ridare fiducia?

2. La mediazione penale in Austria, Germania e Francia.

In Austria la “mediazione stragiudiziale” viene dapprima sperimentata, quale composizione del conflitto, a partire dal 1985, in alcuni centri-pilota: Salisburgo, Vienna, Lienz. Nel 1989, viene incardinata nel codice minorile ai paragrafi 7 ed 8 (21). Le suddette norme, però, devono essere ricondotte alla possibilità, esistente nell’ordinamento austriaco, riconosciuta in determinati casi al P.M., di poter rinunciare all’azione penale: paragrafo 42 del codice penale (22), norma che ha permesso di indirizzare gli esperimenti di mediazione penale anche nei confronti degli adulti.

Per dare inizio alla mediazione, come forma di “diversion”, occorre non una formale confessione del minore accusato ma la sua positiva determinazione circa il voler rispondere del reato e il voler rimediare le conseguenze dannose del fatto. Presupposto necessario affinché il P.M. o il giudice decidano se il caso possa essere risolto attuando la mediazione è il consenso spontaneo del reo e della parte offesa. Tuttavia il P.M. può procedere alla archiviazione del caso, anche se la vittima non abbia dato il suo consenso alla mediazione o non si sia mostrata favorevole alla riparazione del danno, per il solo fatto che l’indagato si sia dimostrato disponibile alla riparazione. Nell’ordinamento austriaco si potrebbe ravvisare un “diritto alla mediazione”, in quanto è prevista per le

parti la possibilità, nel caso in cui P.M. o giudice rifiutino di dar corso a mediazione stragiudiziale, di proporre appello contro tale decisione.

I mediatori sono quelle persone esperte e quei servizi attivi in ambito sociale. Si inizia con un colloquio con l'accusato, informandolo circa l'iter della mediazione, la possibilità di ricorrere ad una consulenza legale, e valutando se possa esservi una vera base per la strada stragiudiziale o se sia meglio proseguire innanzi al Tribunale. Anche la vittima viene contattata ed adeguatamente informata. Dopo il loro spontaneo consenso, entrambi, contestualmente presenti dinanzi al mediatore, espongono il loro punto di vista sulla nascita del conflitto. La conclusione della mediazione viene consacrata in un accordo scritto tra le parti. Una relazione contenente la descrizione dell'atteggiamento delle parti, l'accordo raggiunto e come questo verrà adempiuto, è inviata al P.M. che decide se rinunciare o meno alla prosecuzione del procedimento.

In Austria, quindi la mediazione stragiudiziale in ambito minorile funziona come forma di archiviazione disposta da P.M., o come circostanza attenuante (23) o come condizione per la concessione del probation (24).

Alcune indagini hanno dimostrato che l'esito positivo della mediazione comporta anche un contenimento della recidività.

Nel diritto penale degli adulti austriaco non esiste una specifica disposizione normativa relativa alla mediazione, esistono però i paragrafi 42 e 167 che possono essere considerati vicini alla logica mediativa. Quest'ultimo prevede una causa di non punibilità per l'autore del fatto che, a causa del proprio pentimento operoso e prima che la sua colpevolezza venga a conoscenza dell'autorità, ripari, senza esservi costretto, interamente il danno cagionato dal fatto da lui commesso o si obblighi contrattualmente a prestare tale riparazione alla vittima all'interno di un arco temporale prestabilito. L'autore del fatto può riparare il danno direttamente, con un versamento all'autorità alla quale con autodenuncia ha reso noto il comportamento delittuoso.

Anche in Germania (25) i programmi sperimentali, nell'ambito dei minori e degli adulti, hanno avuto inizio nel 1985. Nel 1990, con la legge di riforma del diritto minorile, la mediazione acquista valore giuridico ed è equiparata ad una misura educativa (26). Viene data rilevanza alla sola disponibilità mostrata dal reo ad addivenire alla mediazione, nel caso in cui la vittima rifiuti di collaborare, per la rinuncia a procedere o per archiviare il procedimento; ipotesi espressamente previste nella legge di riforma del diritto minorile del 1990 ai §§ 45 e 47 (27).

Una peculiarità del diritto minorile tedesco è la possibilità di prescrivere al reo il risarcimento dei danni, ovvero la mediazione come prescrizione, ovvero la mediazione come sanzione educativa. Tuttavia, la disposizione che mostra la mediazione come sanzione cozza con il principio del libero consenso dato dalle parti alla mediazione. Ed infatti, nella prassi, l'ordine di trovare un accordo con la vittima s'impartisce solo se sia stato acquisito preliminarmente il consenso del reo.

In Germania, attraverso l'espletamento della mediazione si cerca di risolvere il conflitto tra autore del reato e persona offesa, di riparare i danni derivanti dal medesimo reato.

Gli assistenti sociali, la procura minorile e a volte anche la Polizia selezionano i casi da assegnare alla mediazione, attraverso diversi criteri che via via si sono imposti nella prassi: se vi è la confessione da parte del reo, qualora non si possa applicare la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, se la vittima ha subito il danno personalmente (si escludono quindi i reati come i furti in grandi magazzini) e qualora vi sia il libero consenso tra reo e persona offesa.

Si considera quanto possa essere importante per la vittima un mediatore neutrale e non orientato verso il reo, quindi si ancora la mediazione nell'ambito di apposite associazioni private e non si ricorre a strutture interne ai tribunali.

Sono da menzionare ancora due norme: il nuovo § 46° (28) introdotto nel 1994 nel codice penale tedesco ed il §153a del codice di procedura penale modificato dalla legge di riforma 24 aprile 1998. Quest'ultimo prevede una forma di "astensione provvisoria dall'esercizio dell'azione penale" o "archiviazione provvisoria" che divengono definitivi solo se i vari oneri ed obblighi imposti all'accusato dal pubblico ministero verranno rispettati.

Nell'ordinamento tedesco, il principio secondo il quale l'accusa, in materia penale, compete alla Procura trova un'eccezione nel procedimento ad azione privata previsto per alcuni reati lievi: sul presupposto che sia stato svolto un tentativo di mediazione non andato però a buon fine (se la mediazione ha esito positivo, invece, la composizione raggiunta costituisce una causa d'improcedibilità), la persona offesa può procedere da sola contro l'autore del reato. Questi centri di mediazione ai sensi dell'art. 37 del codice di procedura penale si occupano del "tentativo di conciliazione nel procedimento ad azione privata" e sono istituiti dai vari Comuni.

La proposta di considerare la riparazione come "terza via" ha ottenuto il parere sfavorevole del 59° Convegno dei giuristi tedeschi che ha preferito optare per una "riparazione" legata alle norme di procedura penale, al fine di decretare un possibile non luogo a procedere. In tal senso deve essere vista l'innovazione della legge per la lotta alla criminalità organizzata che parla di attenuanti concesse a chi ha cercato di riparare il danno e di astensione dal comminare la sanzione allorché sia prevista una pena inferiore ad un anno.

In Francia, dal 1986, la mediazione viene sperimentata da alcune associazioni nei confronti dei maggiorenni. La mediazione per i minorenni può essere praticata ma non vi è un testo specifico che la sancisce. In quest'ambito, infatti, si preferisce la riparazione, che non comporta un incontro tra le parti, perché si evidenzia l'incapacità giuridica dei minorenni nell'impegnarsi in un progetto di mediazione. I progetti di mediazione si sviluppano con l'INAVEM (29) (Istituto nazionale di aiuto alle vittime e di mediazione) e con altre associazioni attraverso la stipula di convenzioni a livello locale con le Procure. A partire dal 1989-90 si diede avvio all'esperienza delle maisons de justice et du droit (M.J.D.), strutture giudiziarie sparse nel territorio e installate in quartieri a rischio con l'obiettivo di riportarvi il diritto attraverso un trattamento giudiziario ispirato alla mediazione, mettendo in strada i servizi di accesso al diritto (come avvocati, associazioni per le vittime...) allo scopo di renderli visibili e conoscibili alla gente dei quartieri (30). Si è realizzata, così, quella che si chiama "giustizia di prossimità" (prossimità (31) territoriale: attraverso la dislocazione delle maisons nelle zone più difficili; prossimità temporale: attraverso il c. d. trattamento in tempo reale; prossimità affettiva: perché volta a risolvere i conflitti attraverso una justice douce (32), cioè attraverso la mediazione e la riparazione del danno subito dalla vittima, per una soluzione più umana del conflitto) finalizzata allo sviluppo della politique judiciaire de la ville costruita "dalla base".

Possiamo parlare di mediazione in Francia poiché l'art. 40 del codice di procedura penale lo consente, sancendo il principio di opportunità dell'azione penale. La consacrazione legislativa della mediazione in materia penale si ha nel 1993 con l'integrazione dell'art. 41 (33) del suddetto codice, mentre quella delle maisons de justice nel 1998 (34). Ecco che si parla di terza via come nuova risposta alla criminalità

che, ponendosi oltre il rinvio a giudizio e *l'archiviazione* dei casi irrilevanti, trova posto nel "piano complesso" (35).

La circolare del 18 ottobre 1996, dichiara l'incompatibilità tra lo status di mediatore e quello di chi esercita un'attività giudiziaria professionale; il mediatore deve lavorare sulla comunicazione delle persone, deve dare informazioni circa l'iter della mediazione, deve essere terzo ed imparziale rispetto ai soggetti, indipendente rispetto alla autorità giudiziaria che gli conferisce il mandato.

Dalle statistiche sembra che siano tre le variabili che influiscano sulla scelta della Procura di tentare la mediazione: la natura del reato (principalmente: violenze fisiche, famiglia, danneggiamenti, violenze morali, furti); il tipo di relazione tra protagonisti (se vi è un legame di conoscenza tra reo e vittima, la mediazione è applicata in misura maggiore); la fedina penale dell'imputato (la mediazione è riservata principalmente alle persone che non hanno precedenti penali).

La mediazione si svolge nel modo seguente: il procuratore dà il mandato o ad un'associazione, che esercita dentro o fuori dai luoghi giudiziari, o alle M.D.J.. Il mediatore, attraverso un documento scritto, invita reo e vittima ad un incontro spiegando i principi della mediazione. Li riceve separatamente, e raccoglie la loro adesione. Organizza una serie di incontri, al termine dei quali, se i configgenti arrivano ad un accordo, invia al procuratore un rapporto in cui lo informa circa l'esito della mediazione. Il procuratore valuta che seguito dare al caso e ne mette al corrente le parti (36).

Scrivono Jacques Faget *"la mediazione spinge verso una responsabilizzazione affinché ciascuno divenga il proprio legislatore ed offre una lezione di cittadinanza che rivela le virtù dell'ascolto e dell'alterità"*.

3. "Mediazione penale" ed "attenzione alla vittima" nella normativa europea ed internazionale.

Le esortazioni provenienti dalla normativa internazionale ed europea (37) circa un maggiore sostegno alla persona offesa dal reato e circa possibili nuovi orizzonti per la soluzione dei conflitti si svelano già dalla metà degli anni ottanta.

La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere del 29 novembre 1985 dà un'ampia definizione della vittima: vittima è chi (s'includono anche i prossimi congiunti della vittima diretta) individualmente o collettivamente ha sofferto un danno fisico, psichico, morale, patrimoniale a seguito di azioni od omissioni altrui commesse violando leggi penali in vigore all'interno degli Stati membri. La Dichiarazione sollecita l'uso, se del caso, di meccanismi informali per la composizione delle controversie, tra cui la mediazione, l'arbitrato e il diritto consuetudinario o le prassi locali per facilitare la conciliazione e il risarcimento delle vittime.

La *Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 28 giugno 1985 sulla posizione della vittima nel quadro del diritto e della procedura penale* invita i governi degli Stati membri a guardare le eventuali risorse ravvisabili nella mediazione e nella conciliazione.

Con la *Raccomandazione del Consiglio d'Europa (87)21 relativa all'assistenza alle vittime e alla prevenzione della vittimizzazione* si evidenzia l'opportunità di incentivare programmi sperimentali di mediazione ai fini di valutare la loro incidenza per la soddisfazione degli interessi delle vittime.

La *Raccomandazione (87)20 del consiglio d'Europa sulle risposte sociali alla delinquenza minorile* contiene i seguenti principi: la necessità dello sviluppo di una politica efficace sulla prevenzione della delinquenza giovanile, il principio di minimo intervento, la specializzazione di tutto il personale coinvolto nel processo, il riconoscimento delle garanzie processuali, l'uso limitato della carcerazione dei minori, la previsione di un ampio catalogo di misure, la durata a tempo determinato delle misure e infine la motivazione dell'uso della misura di privazione di libertà.

Nella stessa linea si muove la *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori* che dipinge la mediazione quale metodo di risoluzione dei conflitti per evitare procedimenti giudiziari.

La Risoluzione numero 26 del luglio 1999 del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite relativa allo sviluppo e all'attuazione di misure di mediazione e di giustizia riparatoria nell'ambito della giustizia penale fa appello agli Stati, alle Organizzazioni Internazionali e ad altri organi affinché si scambino informazioni ed esperienze in materia di mediazione e di giustizia riparatoria.

La comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale, intitolata *Vittime di reati nell'Unione europea: riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere*, del 14 luglio 1999, afferma che la mediazione fra vittima e autore del reato potrebbe essere un'alternativa a procedure penali lunghe e scoraggianti, nell'interesse delle vittime, in quanto renderebbe possibile il risarcimento dei danni o il recupero degli oggetti sottratti, al di fuori del normale procedimento penale.

La Dichiarazione di Vienna sul delitto e la giustizia: affrontando le sfide del XXI secolo, ai paragrafi 27 e 28, affronta il tema dei diritti delle vittime e della giustizia riparativa.

La Convenzione (O.N.U.) contro la criminalità organizzata transnazionale, conclusa a Palermo il 12-16 dicembre 2000, prevede che gli interessi delle vittime dei reati siano considerati adeguatamente nel corso del processo.

La *Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia penale* del 1999, che stabilisce i principi di cui gli Stati membri dovrebbero tener conto nello sviluppare la mediazione nelle questioni penali, riesce ad essere un testo-guida per la successiva e vincolante Decisione-quadro 2001/220/GAI del Consiglio del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel processo penale che, quale vera e propria carta dei diritti delle vittime, non può non dare ad esse una definizione (38); La Decisione-quadro del 2001 all'art.10 impone agli Stati di promuovere la mediazione, per alcuni reati, nell'ambito dei procedimenti penali e di far sì che l'eventuale accordo tra la vittima ed il reo possa produrre effetti negli stessi procedimenti. La Raccomandazione del 1999 definisce la mediazione penale come processo che permette alla vittima ed al delinquente di partecipare attivamente, qualora vi consentano liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal delitto, con l'aiuto di un terzo indipendente. Descrive due tipi di mediazione: diretta, qualora le parti vadano innanzi al mediatore; indiretta, qualora quest'ultimo le incontri separatamente. La mediazione può consistere in un semplice scambio di opinioni tra persona offesa e reo, o sfociare in un accordo, preceduto da sentite scuse, concernente il modo in cui l'autore del reato intenda riparare i propri torti e risarcire la vittima, ovvero in un accordo in cui chi ha offeso s'impegni a svolgere un lavoro d'interesse sociale, oppure in un programma sanzionatorio come proposta di pena da presentare all'autorità giudiziaria.

Nello schema europeo la mediazione s'inserisce nell'ambito del processo penale. L'autorità giudiziaria, decidendo di rinviare il caso alla mediazione, dà l'imput per un percorso alternativo ed autonomo rispetto a quello seguito dalla giustizia penale. Se la mediazione si conclude con esito positivo, il giudice, accettati i risultati, chiude il procedimento penale. L'esito negativo riconduce all'iter del normale procedimento penale.

Secondo la normativa europea ed internazionale, la mediazione abbraccia tre prospettive: quella della vittima, perché contiene il suo bisogno di ascolto e di parola; *quella dell'autore del reato*, perché dà spazio al suo desiderio di riparare il danno causato, indirizzando così il reo verso un percorso di risocializzazione; quella della società, che confida nel rispetto dell'accordo raggiunto da due persone che si sono guardate, che hanno parlato e quindi si sono capite. Ciò è reso esplicito nel preambolo dei Principi base sulla giustizia riparativa in ambito penale delle Nazioni Unite del 2002: "*...this approach provides an opportunity for victims to obtain reparation, feel safer and seek closure; allows offenders to gain insight into the causes and effects of their behaviour and to take responsibility in a meaningful way; and enables communities to understand the underlying causes of crime, to promote community well-being and to prevent crime.*"

4. Fonti normative che aprono alla mediazione penale nell'ordinamento giuridico italiano.

Anche in Italia le prime esperienze di mediazione si sono avute nell'ambito del diritto minorile e da queste, guardate come laboratorio sperimentale, si sono ipotizzate possibili trasposizioni nel diritto penale "degli adulti".

Il tribunale per i minorenni (istituito con R.D.L. 20 luglio 1934, n. 1404) è un giudice specializzato che ha competenza generale dal punto di vista oggettivo ma limitata dal punto di vista soggettivo: giudica qualsiasi reato commesso da un soggetto di età superiore agli anni quattordici che non abbia compiuto gli anni diciotto. E' composto da due giudici togati e da due esperti in psicologia, pedagogia e materie analoghe, nominati con decreto del Capo dello Stato su proposta del ministro della Giustizia, previa deliberazione del consiglio superiore della magistratura. Ha una competenza esclusiva: se il minore ha commesso un reato che sarebbe di competenza della corte d'assise o del tribunale o del giudice di pace o se ha commesso il reato in concorso con adulti, la competenza resta sempre radicata al tribunale per i minorenni.

La Costituzione italiana parla dei diritti del minore agli articoli 3, 27 (terzo comma) 30, 31 (secondo comma). Con il D.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, a cui ha fatto seguito il D.Lgs. 28 luglio 1989 n. 272, si delinea un nuovo sistema procedurale per l'imputato minorenne: il processo penale ha una formalità educativa e come obiettivo la rieducazione del minore.

La Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989), ratificata in Italia con L. n.176 del 1991, all'art. 40 indica, per il minore accusato di un reato, un trattamento che consideri l'età del fanciullo, che tenda al suo reinserimento costruttivo in società e, ove possibile, che esuli da procedure giudiziarie (39). L'art. 13 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini (Strasburgo, 25 gennaio 1996) prevede che per prevenire e risolvere i conflitti ed evitare procedimenti giudiziari riguardanti bambini, gli Stati-Parte incoraggiano l'attuazione della mediazione e di

ogni altro metodo di risoluzione dei conflitti e la loro utilizzazione per raggiungere l'accordo.

Nel nostro ordinamento la responsabilità penale presuppone l'imputabilità (art. 85 c.p.) (40) per due motivi: perché possono essere motivati dalla norma deterrente, solo i soggetti in grado di farsi motivare dalla minaccia/precepto; e perché occorre che il soggetto destinatario del trattamento punitivo si renda conto che il fatto commesso è suscettibile di essere valutato negativamente sul piano sociale, meritando una sanzione.

L'art. 97 c.p. riconosce che il minore degli anni quattordici non può essere considerato capace d'intendere e di volere: per una presunzione iuris et de iure non è imputabile. Nei suoi confronti non è prevista alcuna responsabilità penale ma qualora abbia commesso un fatto previsto dalla legge come reato e qualora sia probabile che in futuro ne ponga in essere dei nuovi (cfr. artt. 224, 203 c.p.) il giudice può imporre una misura di sicurezza tenendo conto della gravità del fatto e delle condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto.

L'art. 98 c.p. subordina l'imputabilità del minore ultraquattordicenne ma infradiciottenne ad un accertamento circa la sua capacità d'intendere e di volere e, qualora questo abbia esito positivo, prevede una diminuzione di pena.

Se il minore è capace d'intendere e di volere e se il giudice perviene ad un'affermazione sulla sua responsabilità penale, al minore sono applicabili le stesse pene che il codice penale prevede per gli adulti: detentive e pecuniarie (41), ferma restando l'applicazione della circostanza attenuante dell'art. 98 c.p..

L'art. 163 (secondo comma) c.p., qualora s'infligga una pena restrittiva della libertà inferiore a tre anni, prevede - nei limiti del 164 c.p. - la possibilità che il giudice possa sospendere condizionalmente la pena per la durata di un quinquennio. Se nei cinque anni il condannato non commette un altro delitto e adempie agli obblighi imposti ex art. 165 c.p., il reato viene estinto e non si dà più luogo ad esecuzione della pena (cfr. artt. 166, 167 c.p.).

Al fine di relegare la risposta carceraria in ambito residuale, in quanto non idonea ad assicurare la rieducazione del condannato, il D.P.R. n. 448/1988 all'art. 30 prevede le sanzioni sostitutive alla applicazione delle pene detentive inferiori a due anni: semidetenzione e libertà controllata.

Nelle linee generali, però, l'ordinamento italiano privilegia, in vista della rieducazione del minore che ha commesso un fatto costituente reato, la rinuncia alla irrogazione della sanzione. Già il codice penale all'art. 169 dà al giudice la possibilità di astenersi dal pronunciare il rinvio a giudizio, qualora per il reato commesso sia prevista una pena detentiva non superiore nel massimo a due anni, se si presume che il colpevole non commetterà in futuro ulteriori reati. La concessione del perdono presuppone il riconoscimento della colpevolezza ma comporta l'estinzione del reato. Il perdono giudiziale può essere concesso una volta sola (42).

Orientati verso la scelta di rinuncia all'irrogazione di una sanzione penale sono anche i due nuovi istituti introdotti dal D.P.R. n. 448/1988: la "irrelevanza del fatto" (art. 27) e la "sospensione del processo e messa alla prova" (art. 28) che costituiscono punti di riferimento per i progetti sperimentali di mediazione avviati in alcuni tribunali per i minorenni.

L'art. 27 del D.P.R. n. 448/1988, per evitare che la celebrazione del processo possa arrecare pregiudizio alle esigenze educative del minore ed ai fini di estromettere il più rapidamente possibile dal circuito penale quei minori che abbiano commesso reati tali da non creare serio allarme sociale, consente l'emanazione di una sentenza di non luogo

a procedere quando sono presenti tre requisiti: tenuità del fatto; occasionalità del comportamento; qualora l'ulteriore corso del procedimento pregiudichi le esigenze educative del minore (43).

A tal punto è opportuno illustrare l'art. 9 del D.P.R. n.488/1988, norma cardine su cui s'incanta tutto il processo penale minorile; dai previsti "accertamenti sulla personalità del minore" nascono sia il programma processuale che individua la risposta processuale più adeguata da dare al minore stesso: se farlo uscire, o meno, dal circuito penale e con quale formula che tenda a realizzare la sua maturazione; se sospendere, o meno, il processo realizzando un trattamento alternativo attraverso la messa alla prova; se procedere all'irrogazione della sanzione e quale tipo scegliere; sia il progetto educativo che specifica quali comportamenti imporre e quali risorse attivare (44).

Gli artt. 9 e 27 del D.P.R. n. 448/1988 danno possibilità d'ingresso alle pratiche mediatricie nel processo penale minorile. Rispettivamente si parla di attivazione "pre-processuale" e "post-processuale" della mediazione (45).

L'art. 9 consente al pubblico ministero di rivolgersi *all'Ufficio per la Mediazione* ai fini di valutare l'opportunità di proporre al minore la riparazione delle conseguenze del reato. L'eventuale riparazione e la disponibilità palesata dal minore nell'incontrare la vittima possono costituire, per il giudice, ulteriori elementi al fine di valutare la responsabilità del minore, ovvero ai fini di ricondurre il fatto commesso nella categoria della tenuità che, collegata con l'occasionalità del comportamento, gli permette di emettere una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza de fatto, ovvero al fine di concedere il perdono o applicare sanzioni sostitutive.

I problemi e le critiche legati a questa prospettiva sono molti: il principio della presunzione di non colpevolezza contrasta con l'ammissione di responsabilità del minore che accetta l'ipotesi mediativa? Nel caso di un esito negativo della mediazione, quale peso dare alle dichiarazioni rese dal minore? Le garanzie previste per l'imputato agli artt. 62, 64 c.p.p. come si conciliano con l'informalità che domina l'iter mediatorio? Alcune proposte indicano, altresì, una c.d. attivazione post-processuale: dopo il proscioglimento ex art.27 D.P.R. n. 488/1988, il minore viene inviato all'Ufficio per la Mediazione per essere responsabilizzato in ordine al fatto commesso che, anche se tenue e occasionale, può essere indice di un pericoloso disagio; in questo modo si vuole colmare il vuoto di significato giuridico, etico e sociale che, per il minore, accompagna il provvedimento ex art. 27; si vuole, altresì, evitare che l'esito estintivo del reato e l'assenza di sanzione per il colpevole possano lasciare privo di risposta il bisogno dell'offeso e della collettività di vedere affermata la responsabilità ravvisabile in un'ipotetica condotta riparatrice.

Altra norma è l' art. 28 D.P.R. n. 448/1988 che, nel prevedere la "sospensione del processo e messa alla prova", prospetta l'ipotesi di attivazione processuale della mediazione. Questa norma va integrata con l'art 27 lettera d) del D.Lgs. 28 luglio 1989 n. 272. Il nuovo istituto è stato introdotto al fine di assicurare un serio trattamento del minore deviante ed incentivare il suo recupero attraverso una prospettiva che non ricorra alla condanna.

La sospensione del processo (che comporta anche la sospensione del corso della prescrizione) e la messa alla prova è applicabile a tutti i soggetti che abbiano commesso un reato, grave o non, quando erano minorenni. Presupposto per la sua applicazione è l'accertamento, anche sommario, della sussistenza del reato e della responsabilità del minore. Dopo aver sentito le parti, la sospensione può essere disposta dal giudice dell'udienza preliminare o dal giudice del dibattimento con ordinanza motivata (mai dal

giudice delle indagini preliminari!); dal giudice d'appello, qualora l'impugnazione verta sulla mancata applicazione della sospensione in primo grado.

L'*ordinanza motivata* consta di due parti: la dichiarazione di sospensione del processo per un periodo non superiore a tre anni (se si procede per reati che comportano l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni) o non superiore ad un anno (negli altri casi); l'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento delle attività di osservazione, trattamento, sostegno.

La messa alla prova si basa su un *progetto d'intervento*, predisposto dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi del territorio, che tiene conto della personalità del minore, delle sue potenzialità da valutare e delle risorse familiari e ambientali di cui ci si può avvalere. Il progetto deve specificare: le modalità di coinvolgimento del minore, della sua famiglia, del suo ambiente di vita, le "realistiche" prescrizioni di fare e di non fare. Inoltre il giudice può impartire delle prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dallo stesso reato (ex art.28, secondo comma, D.P.R. n.488/1988 e art. 27, secondo comma, lett. d), D.Lgs. n.272/1989). La revoca della misura è possibile solo in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte. Decorso il periodo di sospensione, il giudice valuta l'esito della prova sulla base del comportamento tenuto dal minore e tenendo conto dell'evoluzione della sua personalità. Si può avere così un esito positivo della prova e conseguente dichiarazione del giudice di estinzione del reato (46); ovvero esito negativo al quale seguirà il normale proseguimento dell'iter processuale.

Parlare di attivazione processuale della mediazione (perché inserita nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale) significa riconoscerla in una delle prescrizioni dettate dal giudice dell'udienza preliminare o del dibattimento.

Ma anche qui sorgono alcune antinomie: come si raccorda il potere del giudice di impartire la riparazione con il consenso spontaneo dato dal reo e dalla vittima alla mediazione? Se la mediazione costituisce "oggetto" della prova l'assenso dato dal minore alla proposta di mediazione potrebbe essere intriso di ragioni utilitaristiche e la vittima, per non sentirsi responsabile del destino del minore, potrebbe sentirsi costretta a mediare.

Altre considerazioni devono essere fatte in merito all'esito della mediazione. L'esito negativo, considerato il dovere del mediatore di tacere su quanto accaduto durante la mediazione, potrebbe non lasciare traccia della stessa. All'esito positivo, invece, segue la sentenza con la quale il giudice dichiara l'estinzione del reato. In questo contesto, che ruolo assume il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (ex art. 112 della Costituzione)?

Francesca Ruggeri vede nell'attivazione processuale della mediazione non un'alternativa al processo, ma un'alternativa alla pena, poiché l'inserimento di ipotesi mediative dopo l'esercizio dell'azione penale, impedisce al minore-imputato e alla vittima di andare oltre il "ruolo" attribuitogli dal meccanismo giudiziario. Ciò perché in un sistema ispirato al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale non sembra esservi posto per mediazioni radicalmente alternative al processo. Secondo l'Autrice, se si vuole veramente evitare al minore di entrare nel circuito giudiziario, l'unica strada possibile sembra essere quella della "discrezionalità dell'azione penale": prevedere cioè determinate ipotesi in presenza delle quali il pubblico ministero può archiviare il procedimento, evitando così di incorrere nella violazione dell'art. 112 della Costituzione. La Ruggeri, prendendo spunto dall'ordinamento tedesco, auspica la

predisposizione, per legge, di alcuni presupposti in presenza dei quali sarebbe ammissibile *l'archiviazione* del procedimento con l'assenso del giudice: auspica cioè un ampliamento dei reati procedibili a querela (47).

Giovanni Fiandaca parla, invece, di concezione realistica e non ipocrita del principio di obbligatorietà dell'azione penale: allude ad una prospettiva di temperamento di esso che *concede spazio all'idea di una "discrezionalità controllata" volta a bilanciare il combinarsi di due esigenze sempre più avvertite: da un lato, evitare che il magistrato nel selezionare i reati da non perseguire eserciti una discrezionalità ai limiti dell'arbitrio; dall'altro, consentire forme flessibili di risposta per la criminalità minore in modo da concentrare meglio le risorse da destinare al perseguimento delle forme più gravi di delinquenza* (48).

Per ciò che concerne il diritto penale comune, si espongono le successive argomentazioni.

A) L'esperienza della magistratura di sorveglianza (49).

La magistratura di sorveglianza, il cui compito è quello di controllare il contenuto sanzionatorio del titolo esecutivo (50), ha realizzato proprie esperienze che ipotizzano possibili spazi normativi in grado di accogliere l'espedito della mediazione/riparazione nell'ambito della fase della esecuzione penale.

Il riferimento va all' art. 47, settimo comma, della legge sull'ordinamento penitenziario, L. 26 luglio 1975 n. 354, che, parlando dell' "affidamento in prova al servizio sociale" (una delle tre misure alternative alla detenzione, insieme alla "semilibertà" ed alla "liberazione anticipata", introdotte dalla stessa legge), indica il dovere del giudice di stabilire che l'affidato si adoperi in favore della vittima del reato, ed il conseguente obbligo per l'affidato di adoperarsi in tal senso. Così i giudici, attraverso le più frequenti prescrizioni di provvedere al risarcimento del danno e/o a prestazioni di lavoro socialmente utile a titolo gratuito, hanno tracciato l'abbozzo di una nuova linea teorica tendente a coniugare il fine (primario nella fase esecutiva) di perseguire la risocializzazione (51) del soggetto, con quello di dare rilievo alla soddisfazione delle aspettative della vittima, tentando di realizzare così un incremento del consenso sociale intorno alla amministrazione della giustizia.

In tale ambito si riscontra la volontà di gettare un ponte tra modello riparativo ed esperienze fatte nell'ambito dello affidamento in prova al servizio sociale, realizzando un campo di sperimentazione suscettibile di ulteriori sviluppi (52).

B) Dal tentativo facoltativo di conciliazione del P.M., previsto dall'abrogato art. 564 c.p.c., al tentativo obbligatorio di conciliazione del giudice monocratico e del giudice di pace.

L'art. 564 c.p.p., oggi abrogato, induceva il pubblico ministero, nel corso delle indagini preliminari e per i reati procedibili a querela, a verificare la persistenza della volontà del querelante di procedere penalmente. La pubblica accusa poteva citare indagato e vittima avanti a sé, o delegare tale compito alla polizia giudiziaria, per un tentativo di conciliazione al fine della remissione della querela. Questo istituto coinvolgendo i soggetti del processo non costituisce certo una ipotesi di mediazione ma nonostante tutto appare interessante esaminare la sua disciplina (53). Il pubblico ministero era investito del problema di risolvere un conflitto in cui l'indagato aveva diritto al silenzio ed era presunto non colpevole. Per questo si limitava a verbalizzare l'intervenuto accordo o l'insuccesso del tentativo di conciliazione, senza specificare ciò che querelante e querelato avevano affermato dinanzi a lui. L'esito positivo qui sfociava nell'archiviazione per estinzione del reato a seguito della remissione della querela. La

norma è stata abrogata dalla L.479/1999 (c.d. legge Carotti) per l'impossibilità di ravvisare un pubblico ministero *pars-super partes*.

Il tentativo, stavolta obbligatorio, di conciliazione (che si risolve in una *presa d'atto* della volontà dei soggetti coinvolti - querelante/querelato - di chiudere la vicenda processuale) (54), sempre limitatamente ai reati perseguibili a querela, oggi viene affidato al giudice monocratico, prima dell'apertura del dibattimento, ex art. 555, terzo comma, c.p.p.. La dichiarazione di remissione della querela da parte del querelante-persona offesa, se accettata dal querelato, è causa di estinzione del reato ai sensi degli artt. 152 e 155 c.p., e conduce all'archiviazione ex art. 411 c.p.p..

Il giudice monocratico a differenza del pubblico ministero ha l'imparzialità necessaria ad assolvere il compito conciliativo, ma anche in quest'ambito appare dubbio parlare di mediazione.

Il decreto legislativo 28 agosto 2000 n. 274 inaugura la competenza penale del giudice di pace in ordine all'accertamento di quei reati non gravi espressione della microconflittualità interpersonale e predispone un nuovo sistema sanzionatorio che elimina la pena detentiva prevedendo pene ad essa alternative quali la "permanenza domiciliare" ed il "lavoro di pubblica utilità" e valorizzando il ricorso alle pene pecuniarie.

Forte elemento di novità è l'unificazione che vi è tra fase sanzionatoria ed esecutiva: il giudice di pace infligge la pena che poi verrà effettivamente scontata; pena mite sì, ma sempre ispirata al principio dell'effettività: infatti qui non è ammessa la sospensione condizionale della pena.

Con la disposizione prevista all'art. 2, secondo comma, D.Lgs. 274/2000, (Nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti) si orienta l'agire primario del giudice di pace non all'applicazione della sanzione ma al tentativo, che - a differenza di quello previsto per il giudice monocratico - si sostanzia in un compito propositivo di ricerca della soluzione compositiva dei contrastanti interessi in gioco (55), di favorire la conciliazione delle parti. Ciò induce Claudia Mazzuccato (56) ad affermare quanto la nuova normativa sia permeata dallo spirito della giustizia riparativa, giustizia più flessibile quindi più vicina alle parti e tesa a soddisfare gli interessi della persona offesa.

Il rinnovato interesse per la vittima del reato si ritrova in alcune parti dell'articolazione normativa dello stesso D.Lgs. 274/2000: l'art. 21 gli riconosce un potere di impulso processuale, per i soli reati procedibili a querela, attraverso il "ricorso immediato" al giudice; l'art. 34 subordina l'emissione del decreto di archiviazione, con il quale il giudice dichiara di non doversi procedere per la tenuità del fatto, all'inesistenza dell'interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento; ed ancora l'art. 35 pone come presupposto per la sentenza dichiarativa di estinzione del reato, l'ascolto delle parti.

La mediazione penale trova per la prima volta un riconoscimento formale ed una precisa collocazione nel D. Lgs. 274/2000 all'art. 29, quarto comma. La mediazione, finalizzata alla riconciliazione tra le parti, quando il reato è perseguibile a querela può essere promossa direttamente dal giudice che, per consentire lo svolgimento della stessa, può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi; il giudice di pace può mettere le vesti di mediatore ovvero avvalersi di mediatori esterni all'apparato giudiziario: loro compito è "lavorare sul conflitto per verificare poi l'eventuale disponibilità delle parti a rimettere la querela stessa" (57).

L'art. 29 risponde alle critiche circa la possibile incompatibilità tra l'implicita ammissione di responsabilità propria di chi acconsente al dialogo con la vittima ed il principio di non colpevolezza, nel caso di esito negativo della mediazione: l'art. 29, infatti, vieta di utilizzare, ai fini della deliberazione, le dichiarazioni rese dalle parti durante l'incontro di mediazione.

Claudia Mazzucato afferma che la mediazione potrebbe trovare spazio anche nelle ipotesi previste dagli articoli 34, 35 e 54 del D.Lgs.274/2000.

L'articolo 34, prevedendo l'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto, introduce una misura simile (poiché i commi 2 e 3 dell'articolo 34 caratterizzano l'aspetto peculiare della disciplina riguardante il giudice di pace) a quella prevista in ambito minorile all'articolo 27 del D.P.R. 448/1988 adattandola alle caratteristiche di un reo adulto. Sebbene le norme siano finalizzate ad obiettivi tendenzialmente diversi, la prima ad uno spiccato interesse per la deflazione processuale, la seconda all'esigenza di evitare che la celebrazione del processo rechi pregiudizio alle esigenze educative del minore, entrambe non richiamano espressamente la mediazione ma neppure la escludono. La mediazione, consentendo un'approfondita analisi dell'episodio criminoso, potrebbe rivelarsi utile per diverse finalità.

L'articolo 35 del D.Lgs. 274/2000 prevede che il giudice di pace possa dichiarare con sentenza l'estinzione del reato, allorché l'imputato dimostri di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione (58) del danno cagionato dal reato, valutata dal giudice come idonea a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione. Considerata la difficoltà del reo di prendere contatti con la persona offesa e di organizzare quanto necessario per adoperarsi alla riparazione, si potrebbe ipotizzare, proprio in questa fase "pre-processuale", di ricorrere al dialogo mediatorio.

Il quadro è completato dall'articolo 54, che introduce, specificatamente per il giudice di pace, una nuova pena principale, denominata lavoro di pubblica utilità, la cui caratteristica e singolarità è quella di essere una pena principale che va applicata solo su richiesta dell'imputato. Se la sanzione del "lavoro di pubblica utilità" fosse decisa all'esito di una mediazione tra reo e vittima, la sanzione stessa potrebbe apparire agli occhi del condannato come giusta. Una "lettura riparativa" dell'articolo 54 potrebbe configurare un intreccio tra servizi sociali, autorità di pubblica sicurezza e uffici di mediazione.

Sembra opportuno adesso, esaminare l'ambito di operatività del decreto legislativo n. 274 del 2000. E' evidente la scelta del nostro Legislatore di selezionare alcuni reati di competenza del giudice di pace, di indicare cioè il "catalogo" di reati a lui trasferiti (59).

Il riferimento va all'articolo 4, lettera a), che contempla alcune fattispecie incriminate proprie della microconflittualità individuale. Si tratta di alcuni "reati di codice" attribuiti alla competenza del giudice di pace: percosse (art. 581 c.p.), lesione personale lievissima (art. 582, secondo comma, c.p.), lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) - le lesioni connesse ad ipotesi di colpa professionale, le lesioni colpose commesse con violazione di norme antinfortunistiche relative all'igiene del lavoro o determinanti una malattia professionale, appartengono alla competenza del giudice di pace solo se si tratti di lesioni lievissime cioè lesioni la cui conseguente malattia non abbia durata superiore a venti giorni - , omissione di soccorso (art. 593, primo e secondo comma, c.p.), ingiuria (art. 594 c.p.), diffamazione non a mezzo stampa (art. 595, primo e secondo comma, c.p.), minaccia semplice (art. 612, primo comma, c.p.); furti punibili a *querela dell'offeso* (art.626 c.p.), sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.), usurpazione (art. 631 c.p.), deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi (art. 632 c.p.),

invasione di terreni o edifici (art. 633, primo comma, c.p.), introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo (art. 636 c.p.): per questi ultimi sei articoli non vi è la competenza del giudice di pace se si tratta di acque, terreni, fondi o edifici pubblici o destinati ad uso pubblico poiché in questi casi è sancita la procedibilità d'ufficio (ex art. 639 bis c. p.); danneggiamento semplice (art. 635, primo comma, c.p.), ingresso abusivo nel fondo altrui (art. 637 c.p.), uccisione o danneggiamento di animali altrui (art. 638, primo comma, c.p.), deturpamento e imbrattamento di cose altrui (art. 639 c.p.), appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito (art. 647 c.p.).

La lettera b) del decreto legislativo n. 274 del 2000 indica il gruppo delle “contravvenzioni di codice” attribuite al giudice di pace: somministrazione di bevande alcoliche a minori o a infermi di mente (art. 689 c.p.), determinazione in altri dello stato di ubriachezza (art. 690 c.p.), somministrazione di bevande alcoliche a persona in stato di manifesta ubriachezza (art. 691 c.p.), atti contrari alla pubblica decenza (art. 726, I comma, c.p.), *inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori* (art. 731 c.p.) (60).

Si attribuiscono alla competenza del giudice di pace anche alcuni “reati extra-codicem”, cioè quei delitti, consumati o tentati, e quelle contravvenzioni previsti da leggi speciali, per le quali rinvio al testo dell'art. 4, secondo comma, D.Lgs. 274/2000.

5. La riparazione nell'ordinamento italiano: obiettivi e rapporto con gli scopi tradizionali della pena.

Il diritto penale italiano conosce il concetto di riparazione. L' articolo 62, n.6 c.p. infatti prevede che il comportamento di chi, prima del giudizio, ripari interamente il danno mediante il risarcimento e le restituzioni, ovvero si adoperi spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, costituisca una circostanza attenuante, cioè comporti una diminuzione di pena.

Coniugando il riferimento normativo che individua un principio riparatorio ad efficacia diminvente di pena (ex art. 62, n.6 c.p.) con la norma che individua il principio riparatorio ad efficacia estintiva del reato (ex art. 35 D. Lgs. 274/2000) , potremmo condividere il pensiero di Bouchard, per il quale: “il principio riparatorio diventa un principio generale del nostro ordinamento penale. In generale comporta una diminuzione di pena, ma in relazione al diritto penale “minore”, che disciplina l'area della microconflittualità comporta addirittura l'estinzione del reato”(61).

Obiettivi della riparazione sono: il riconoscimento della vittima; la responsabilizzazione del reo; responsabilizzare la comunità nei confronti degli aspetti della questione criminale, coinvolgendola nel processo di riparazione; orientare le condotte rafforzando i parametri morali e contenere il senso di allarme sociale.

Bouchard individua le due “anime” del termine riparare: riparare il danno e riparare il fatto, che possiamo considerare come “garanti” dei suddetti quattro obiettivi che la giustizia riparativa si propone di realizzare.

Riparare, infatti, significa sia “risarcire il danno e restituire” ai sensi dell'articolo 185 c.p. (cioè riparare il danno: avente carattere patrimoniale), sia “eliminare le conseguenze dannose della condotta criminosa”, ad esempio attraverso prestazioni in favore della vittima o lavori di pubblica utilità (cioè riparare il fatto: avente carattere extrapatrimoniale). La riparazione consiste non in un patì, ma nella ricostituzione della situazione precedente al fatto. La riparazione, rispetto agli scopi tradizionali della pena, ha la potenzialità di fondare una coscienza della collettività, prescindendo dagli

strumenti utilizzati dalle due teorie della prevenzione; si riconnette sempre alla teoria rieducativa (62) ed al principio di proporzione.

La mediazione penale costituisce, altresì, una delle tecniche di intervento sul conflitto ascrivibile all'alveo della giustizia riparativa, poiché il suo esito positivo dà luogo ad un progetto di riparazione.

In assenza di definizioni normative (63), hanno proliferato diverse nozioni di mediazione offerte dalla dottrina.

In Francia la mediazione viene indicata da Bonafé - Schmitt come “un processo, il più delle volte formale, con il quale un terzo neutrale tenta, mediante scambi tra le parti, di permettere a queste ultime di confrontare i loro punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che le oppone” (64).

In Italia, Stefano Castelli propone una definizione della mediazione incentrata sia sul tipo di attività che con essa si compie, sia sugli obiettivi che con la stessa si vogliono perseguire: “la mediazione è un processo attraverso il quale due o più parti si rivolgono liberamente a un terzo neutrale, il mediatore, per ridurre gli effetti indesiderabili di un grave conflitto. La mediazione mira a ristabilire il dialogo fra le parti per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione *delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti. L'obiettivo finale della mediazione si realizza una volta che le parti si siano creativamente riappropriate, nell'interesse proprio e di tutti i soggetti coinvolti, della propria attiva e responsabile capacità decisionale*” (65).

Per Grazia Mannozi la mediazione “può essere considerata come un processo di *attivazione della “conoscenza” tra autore e vittima basato sulla ricerca di un “linguaggio comune” attraverso il quale le parti possono addivenire ad una nuova “interpretazione” del fatto criminoso. “Interpretazione” che, quando la mediazione ha successo, sarà finalmente “condivisa” dalle parti e renderà il reo capace di riconoscere la propria responsabilità e, la vittima, disponibile ad accettare l'offerta di riparazione*” (66).

Per ciò che concerne la figura del mediatore, i protocolli d'intesa che hanno istituito gli “Uffici di mediazione” in alcune regioni d'Italia, richiedono alcuni requisiti necessari per svolgere la funzione di mediare: una formazione professionale di tipo giuridico-sociale, o di tipo pedagogico o psicologico o di servizio sociale; pregresse esperienze nel settore; partecipazione a corsi di formazione.

Jacqueline Morineau, mediatrice a Parigi dal 1984, invece delinea lo “spirito” del mediatore: “*il mediatore si pone quale “specchio” che accoglie le emozioni dei protagonisti per rifletterle. Per saper essere specchio pulito egli deve imparare a tollerare il silenzio. Il mediatore svolge un compito di grande umiltà: dovrebbe riuscire a incontrare i mediati senza giudicarli, senza voler qualcosa, senza proiettare nulla su di loro, ed essere soltanto colui che facilita, risveglia le voci interiori. Il mediatore deve acquisire un nuovo sguardo. Uno sguardo non intralciato dall'esperienza personale e che tuttavia non accantoni tale identità. La formazione del mediatore è necessariamente lenta. Forse non basta una vita per diventare mediatori*” (67).

La funzione mediativa, quindi, è incompatibile con la funzione giudicante. Il D.Lgs. 274/2000 ha, invece, consentito una piena sovrapposizione dei ruoli: il giudice di pace è conciliatore e può anche essere mediatore.

Il giudice è il magistrato che decide la causa, è chi distribuisce la ragione e il torto. Egli può essere conciliatore in quanto, attraverso la conciliazione, si prefigge di raggiungere la rappacificazione delle parti.

Nella mediazione, non vi è un finalismo pacificatore, ma solo la facilitazione di una corretta comunicazione tra le parti. Qui un'eventuale soluzione del conflitto non arriva dall'alto ma promana dal basso, dalla libera volontà e dal libero consenso del reo e della vittima.

Franco Occhiogrosso afferma: "io penso che il giudice non possa essere un mediatore. Ritengo però che egli possa assolvere un ruolo di conciliazione. Al giudice spetta oggi un ruolo di grande importanza sia per la realizzazione della giustizia di conciliazione sia per la diffusione culturale e operativa della mediazione. Esplicare un ruolo di conciliazione non è solo per il giudice un servizio di grande dignità ma è il modo più *efficace per favorire la cultura della mediazione; quest'ultima per espandersi ha bisogno di un suo "humus", di un terreno di cultura che le consenta di esistere e di prendere piede*" (68).

6. La mediazione penale quale metodo A.D.R..

Allo stato attuale possiamo affermare che la giustizia riparativa non pretende di assumere il monopolio gestionale del conflitto originato dal reato. Essa vuole raccordarsi al diritto penale, attraverso la predisposizione di "spazi grigi" propri della mediazione ed è pronta, qualora la mediazione o l'eventuale progetto di riparazione abbiano esito negativo, a lasciare il campo al diritto penale stesso.

La mediazione è ispirata alla volontà libera che le parti manifestano nel volersi "riconoscere" accettando ognuno i vissuti dell'altro, e cercando di partire dalla semplice base del dialogo per addivenire ad un progetto di riparazione. La mediazione assurge a giustizia orizzontale.

Il processo, invece, accertando torti e ragioni nel contraddittorio tra le parti, giunge ad una "verità processuale": il giudicato, che spesso lascia gli animi dei protagonisti più esacerbati di prima.

Se, come abbiamo visto, la "cultura sociale" che legittima la mediazione si differenzia da quella che legittima il processo, il Legislatore non li considera incompatibili. Infatti, in alcuni settori, li applica entrambi in sede giudiziaria, magari stemperando le più nette divergenze: per esempio, dando spazio alla mediazione qualora sia inammissibile la costituzione di parte civile.

Il primo collegamento della mediazione con la realtà giudiziaria, in Italia, si è avuto nell'ambito del diritto minorile. Ciò sia perché uno dei requisiti propri della giustizia minorile è la contemporanea presenza di due fasi processuali: una di carattere sanzionatorio, in sintonia con la finalità della giurisdizione ordinaria, ed una di carattere propositivo legata al volere predisporre un progetto di reinserimento sociale e di attenzione per la realizzazione della personalità del minore, in piena armonia con la cultura della mediazione. Sia perché se minore e vittima assurgono a protagonisti, sicuramente il reo-minore intraprenderà il percorso riparativo con maggiore responsabilità.

La prassi della mediazione, dal diritto minorile (dove non si è mai predisposto un elenco di reati per i quali riconoscere l'esperibilità della stessa), è approdata al diritto penale degli adulti, attraverso la scelta del Legislatore di riconoscere la competenza penale del giudice di pace. In quest'ambito, però, la mediazione può essere effettuata in relazione ad un numero chiuso di reati, quelli di microconflittualità. Ai sensi dell'art. 29, comma 3, del D.Lgs. 274/2000, infine, "In caso di conciliazione è redatto processo verbale attestante la remissione della querela". Il buon esito della mediazione, quindi, sfocia

nella remissione della querela e ciò legittima la riconduzione della mediazione penale nell'alveo dei metodi alternativi di soluzione delle controversie.

NOTE:

1. MANNOZZI, "From the sword to dialogue: towards a dialectic basis for penal mediation", in Restorative Justice Theoretical foundation, Willan Publishing, 2002.
2. DOSTOEVSKIJ, I fratelli Karamazov, Torino, Einaudi, 1993, pp.424.
3. KELSEN, Teoria generale delle norme
4. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, Brescia, Morcelliana, 1990, p.53.
5. Lezione Procedura Penale, Prof. Scaglione, Palermo 9 ottobre 2003.
6. FIANDACA-DI CHIARA, Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata, Napoli, Novene, 2003.
7. KANT, La metafisica dei costumi, trad. Vidari, Bari, 1970, pp. 166-167.
8. FIANDACA-MUSCO, Diritto penale (parte generale), Bologna, Zanichelli, 2002, p.649
9. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, op. cit., p. 51.
10. FERRAJOLI, "Il diritto penale minimo", in Dei Delitti e delle Pene, 1985, p.493.
11. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1999, p.110.
12. MARTINI-ZAGREBELSKY, La domanda di giustizia, Piacenza, Einaudi, 2003, pp. 58-59.
13. PAVARINI, "La pena utile, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo", in Rassegna penitenziaria e criminologia, Anno V, 1983, pp. 30-31.
14. PAGLIARO, "Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale", in Riv. it. dir. proc. pen., 1986, p. 353 ss.
15. Nils Christie nel saggio Il conflitto come proprietà si chiede chi detenga la proprietà dei conflitti. Alla domanda risponde facilmente: lo Stato! Ma Christie afferma "La proprietà deve appartenere ai protagonisti del conflitto ed i giuristi non sono altro che ladri professionisti, perché rubano i conflitti alla gente."
16. La Commissione ministeriale per la riforma del codice penale, istituita con decreto ministeriale 1° ottobre 1998, ha prodotto un progetto che ha come obiettivo quello di modulare le risposte penali in funzione dei comportamenti successivi al reato per favorire la reintegrazione degli interessi ancora non pregiudicati. Qualora la riparazione avvenga tempestivamente, entro un dato termine e con piena soddisfazione della vittima, si avrebbero gli estremi per delle "cause di non punibilità". Così il "recesso attivo", il "ravvedimento operoso prima che la pubblica autorità abbia notizia del fatto", la "disponibilità all'integrale risarcimento entro un termine prefissato", consentirebbero non una semplice diminuzione di pena ma un'esclusione di punibilità. Qualora invece la condotta riparatoria avvenga fuori dei termini stabiliti, cioè tardivamente, costituirebbe una circostanza attenuante, consentendo una diminuzione di pena.
17. PAVARINI, "Il rito pedagogico", in Dei Delitti e delle Pene, 1991, pp.111 e ss.
18. La Dichiarazione di Vienna si è avuta a seguito del decimo Congresso Internazionale delle Nazioni Unite su "Crime Prevention and Treatment of offenders" tenutosi a Vienna nell'aprile del 2000.
19. § 27. "We decide to introduce, where appropriate, national, regional, and international actions plans in support of victims of crimes, such as mechanism for mediation and restorative justice, and we establish 2002 as a target date for State to review their relevant practices, to develop further victim support services and awareness campaigns on the rights of victims and to consider the establishment of funds for victims, in addition to developing and implementing witness protection policies".
- § 28. "We encourage the development of restorative justice policies, procedures and programmes that are respectful of the rights, needs and interests of victims, offenders, communities and all other parties".
20. MANNOZZI, "Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della Dichiarazione di Vienna", in Rassegna penitenziaria e criminologia del Ministero della Giustizia, N. 1-3, gennaio-dicembre 2000, p. 1 ss.
21. § 7. (1) Il P.M. può valutare se rinunciare a procedere ai sensi del § 6, nel caso in cui l'indiziato è disposto a rispondere dell'accaduto e a compensare eventuali conseguenze del reato in modo adeguato, soprattutto risarcendo il danno per quanto nelle sue possibilità.
- (2) Il P.M. può richiedere a persone o uffici competenti in materia sociale, soprattutto alla *Bewahrungshilfe*, di *istruire l'indiziato sulle possibilità offerte dalla mediazione penale, e se questi acconsente, di seguirlo e sostenerlo nel tentativo di una mediazione. La parte offesa, se d'accordo, deve venire coinvolta in questi sforzi.*
- § 8. (1) *Fin dalla prima udienza il Tribunale è tenuto a valutare d'ufficio o su istanza dell'imputato o della parte offesa la possibilità di una mediazione, in tutti i casi in cui la colpa non è da considerarsi grave e la pena non appare opportuna per impedire all'imputato di commettere ulteriori fatti di reato.*
22. § 42. *Se per un fatto perseguibile d'ufficio è prevista una pena pecuniaria, una pena detentiva non superiore a tre anni o le due pene congiunte, esso non è punibile se*
 1. *la colpevolezza dell'autore è irrilevante,*
 2. *il fatto non ha comportato conseguenze o soltanto conseguenze insignificanti o, in seguito ad un serio sforzo dell'autore, le conseguenze del fatto sono state nella loro essenzialità elise, riparate o comunque compensate e*
 3. *non si impone una punizione per trattenere l'autore dal commettere altri reati o per prevenire la commissione di reati da parte di altri.*

23. Il § 410 del codice di procedura penale prevede la possibilità, se il reo sia disposto a riparare il danno, di attenuare il trattamento sanzionatorio contenuto nella sentenza di primo grado.

24. Per i riferimenti circa l'ordinamento austriaco, sono stati guide:

MANNOZZI, *La mediazione penale*, Padova, Cedam, 1999, p. 137 ss.

TRUMMER-KAUFMANN, "Esperienze di mediazione in ambito austriaco: suggerimenti, modelli, metodologie, strumenti", in *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di Picotti, Padova, Cedam, 1998, p. 149 ss.

FORNASARI, "Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato", in *Verso una giustizia penale "conciliativa"* a cura di Picotti e Spangher, Milano, Giuffrè, 2001, p. 77 ss.

JESIONEK, "Sanzioni alternative alla pena detentiva. Le esperienze del sistema di diversione austriaco", in *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive*, a cura di Picotti e Spangher, Milano, Giuffrè, 2002, p. 115 ss.

25. Per l'ordinamento tedesco, sono stati guide:

MANNOZZI, *La mediazione penale*, op.cit., p. 133 ss.

FORNASARI, "Profili di giustizia...", op.cit., p. 70 ss.

MORGENSTERN, "Diversione e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace", in *Competenza penale del giudice di pace...*, op.cit., a cura di Picotti e Spangher, Milano, Giuffrè, 2002, p. 91 ss.

26. § 10 Jugendgerichtsgesetz: (1) Sono obblighi e divieti che regolano la vita del giovane e per questo ne favoriscono l'educazione. Non possono essere previsti obblighi che non si possono pretendere alla luce della condotta di un giovane. In particolare, il giudice può imporre al giovane:

1. di attenersi alle prescrizioni attinenti il domicilio,
2. di abitare presso una determinata famiglia o casa,
3. di accettare un determinato posto di lavoro,
4. di svolgere prestazioni lavorative,
5. di sottoporsi a cure e alla sorveglianza di una determinata persona,
6. di partecipare ad un corso di formazione sociale,
7. di sforzarsi di raggiungere un accordo con la vittima,
8. di abbandonare la frequentazione di determinate persone e di astenersi dal frequentare luoghi o locali di divertimento,
9. di partecipare ad incontri di educazione stradale.

(2) Il giudice può imporre al giovane, col consenso dei tutori e del rappresentante legale, di sottoporsi a un trattamento terapeutico con l'aiuto di esperti, o attraverso una cura di disintossicazione. Se il giovane ha compiuto sedici anni è altresì necessario il suo consenso.

27. § 45. (1) Il pubblico ministero può anche senza il parere conforme del giudice rinunciare a procedere, se ricorrono le condizioni di cui al § 153 del StPO. (Il § 153 StPO prevede, nel processo ordinario, il non luogo a procedere per esiguità della colpa e l'insussistenza di un interesse pubblico all'esercizio dell'azione).

(2) Il pubblico ministero rinuncia al procedimento se è già stata eseguita o se è stata disposta una misura educativa ed egli non ritenga necessario l'intervento del giudice in base al terzo comma, né l'incriminazione. Ad una misura educativa è equiparato lo sforzo del giovane per il raggiungimento di un accordo con la vittima.

(3) Il pubblico ministero promuove la previsione di un ammonimento, di una prescrizione in base al § 10 (comma 1) n. 4, 7, 9 ovvero di un obbligo per mezzo del giudice, quando il colpevole è reo confesso ed il pubblico ministero ritiene necessario tale provvedimento. Se il giudice accetta la proposta del pubblico ministero questi deve rinunciare a procedere, in caso siano state disposte prescrizioni od obblighi, solo dopo l'adempimento degli stessi. (...)

Il § 47, invece prevede che sia il giudice minorile e non il pubblico ministero ad archiviare il procedimento. In questo caso le misure educative dovranno essere portate a termine prima dell'archiviazione stessa o prescritte come contenuto della sentenza.

28. § 46a: Composizione tra autore e vittima. Riparazione del danno. *Se l'autore, nello sforzo di raggiungere una composizione con la vittima, ha riparato, in tutto o per la maggior parte, il fatto da lui commesso o ha seriamente inteso ripararlo oppure ha risarcito la vittima, in tutto o per la maggior parte, in un caso in cui la riparazione del danno abbia richiesto un suo notevole impegno personale o una rinuncia personale, il giudice può diminuire la pena ai sensi del §49, comma 1, ovvero, se si tratta di una pena detentiva non superiore a trecentosessanta giorni, il giudice può astenersi dal comminare la pena.*

29. L'INAVEM raggruppa più di 150 associazioni di aiuto alle vittime esistenti in Francia. Tutte devono rispettare un codice deontologico che garantisce alle vittime riservatezza, neutralità, gratuità dei servizi e competenza professionale di chi opera. Le risorse principali dell'INAVEM sono le sovvenzioni da parte dello Stato e degli enti locali. I suoi obiettivi sono l'individuazione e la valutazione degli interventi di aiuto alle vittime ed il coordinamento e sostegno delle suddette attività.

Per un maggiore approfondimento vedi: CALMETTES, "La dignità delle vittime e l'esperienza francese", in *Minorigiustizia*, 1999, n.2, p. 111 ss.

30. WYVEKENS, "La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza. L'esempio francese della terza via", in *Dei Delitti e delle Pene*, 2000, n. 3, p.17.

31. VIANELLO, "Mediazione penale e giustizia di prossimità", in *Dei Delitti e delle Pene*, 2000, n.3, p.5.

32. BONAFE'-SCHMITT, *La médiation, une justice douce*, Syros, Paris, 1992.

33.L'art. 41 del codice di procedura penale viene così integrato: Il procuratore della Repubblica può infine, prima di *decidere in merito all'azione penale e con l'accordo delle parti, decidere di ricorrere* ad una mediazione, se gli sembra che una tal misura possa assicurare il risarcimento del danno causato alla vittima, mettere fine alla turbativa risultante dal reato, e contribuire al reinserimento dell'autore del reato.

Se la mediazione viene esperita la prescrizione dell'azione penale è sospesa; può essere ripresa se la stessa mediazione fallisce o se il procuratore ritiene che l'accordo concluso dalle parti non sia soddisfacente.

34.Nel giugno del 2000 si contano 47 maisons de justice.

35.MANNOZZI, La mediazione penale, op.cit.

36.FAGET, "Le tensioni della mediazione penale. Valutazioni delle pratiche francesi", in *Dei Delitti e delle Pene*, 2000, n. 3, p. 75.

37.Punto di riferimento: DEL TUFO, Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima, Consiglio Superiore della Magistratura, incontro di studio sul tema "La vittima del reato", Roma 5-7 dicembre 2002.

38.Per la Decisione-quadro dell'Unione la vittima è la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali, direttamente causati da azioni o da omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale degli Stati membri.

39.Convenzione di New York. Article 40: 1. States Parties recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society. 2. To this end and having regard to the relevant provisions of international instruments, States Parties shall, in particular, ensure that: (a) No child shall be alleged as, be accused of, or recognized as having infringed the penal law by reason of acts or omissions that were not prohibited by national or international law at the time they were committed; (b) Every child alleged as or accused of having infringed the penal law has at least the following guarantees: (i) To be presumed innocent until proven guilty according to law; (ii) To be informed promptly and directly of the charges against him or her, and, if appropriate, through his or her parents or legal guardians and to have legal or other appropriate assistance in the preparation and presentation of his or her defence; (iii) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best interest of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardians; (iv) Not to be compelled to give testimony or to confess guilt; to examine or have examined adverse witnesses and to obtain the participation and examination of witnesses on his or her behalf under conditions of equality; (v) If considered to have infringed the penal law, to have this decision and any measures imposed in consequence thereof reviewed by a higher competent, independent and impartial authority or judicial body according to law; (vi) To have the free assistance of an interpreter if the child cannot understand or speak the language used; (vii) To have his or her privacy fully respected at all stages of the proceedings. 3. States Parties shall seek to promote the establishment of laws, procedures, authorities and institutions specifically applicable to children alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law, and, in particular: (a) The establishment of a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the penal law; (b) Whenever appropriate and desirable, measures for dealing with such children without resorting to judicial proceedings, providing that human rights and legal safeguards are fully respected. 4. A variety of dispositions, such as care, guidance and supervision orders; counselling; probation; foster care; education and vocational training programmes and other alternatives to institutional care shall be available to ensure that children are dealt with in a manner appropriate to their well-being and proportionate both to their circumstances and the offence.

40.Art.85 c.p. Capacità d'intendere e di volere. (1) Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso non era imputabile. (2) E' imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere.

41.Solo nel 1994, con la sent. della Corte Costituzionale n.168, si è prevista l'inapplicabilità al minore della pena dell'ergastolo per contrasto con l'art.31 della Cost.

42.DUSI, "Le risposte possibili al reato", in *Minorigiustizia*, 1993, n.3.

L'Autore rivaluta la portata rieducativa del perdono giudiziale a danno di chi lo considera semplice espressione di clemenza. Se il minore ha violato scientemente la legge, se il fatto non è né irrilevante né talmente grave da richiedere una condanna, il perdono giudiziale indica al minore il significato antisociale del suo comportamento e la intolleranza dell'ordinamento nei confronti di sue successive violazioni.

43.PIGHI, "L'irrelevanza del fatto nel diritto penale minorile", in *Studium Juris*, Cedam, 1999, p. 71 ss.

44.MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, Zanichelli, 2000, II ed., p. 447.

45.MANNOZZI, La mediazione penale, op. cit., p. 182 ss.

46.Art. 29 D.P.R. n.448/1988: Dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova. (1) Decorso il periodo di sospensione, il giudice fissa una nuova udienza nella quale dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento del minorenne e della evoluzione della sua personalità, ritiene che la prova abbia dato esito positivo. Altrimenti provvede a norma degli articoli 32 e 33.

47.RUGGERI, "Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile", in *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di Picotti, op. cit., p.191 ss.

- 48.FIANDACA, “La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune”, in *Scritti sul minore*, in memoria di Francesca Laura Morvillo, a cura di Ambrosini, Lojacono e Ziino, Milano, Giuffrè, 2000, p. 187.
- 49.Come punto di riferimento: MONTEVERDE, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio: L’esperienza della magistratura di sorveglianza*, in *Minorigiustizia*, n.2/1999, p. 86 ss..
- 50.TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2002, IV ed., p. 695 ss.
- 51.L’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Trieste, del 10 marzo 1998, lega la riparazione alla rieducazione del reo: la volontà di riparare il danno alla vittima assume, sotto il profilo rieducativo, particolare valore, quale elemento che denota una concreta presa di coscienza della propria responsabilità.
- 52.Con l’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Torino del 15 ottobre 1997 si riconosce autonomia alla finalità riparativa: *con l’affidamento, il tribunale ha l’obbligo di disporre un programma trattamentale tendente al raggiungimento dei seguenti scopi: evitare la recidiva del reo, reinserire lo stesso nella società, indurre il condannato a rimuovere le conseguenze del proprio reato.*
- 53.All’uopo cfr. RUGGERI, “Obbligatorietà dell’ azione...”, in *La mediazione...*, a cura di Picotti, op. cit., p. 196, nota 1.
- 54.PRESUTTI, “Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa”, in *Verso una giustizia penale conciliativa*, a cura di Picotti e Spangher, 2001, op. cit., p. 177 ss.
- 55.Per il riferimento si veda nota 54.
- 56.MAZZUCCATO, “Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale”, in *Verso una giustizia penale “conciliativa”*, op. cit., p.128.
- 57.MAZZUCCATO, “Mediazione e giustizia riparativa...”, in *Verso una giustizia penale...*, op. cit., p. 128.
- 58.Alla provocazione posta da Massimo Pavarini in ordine all’esclusione dei ceti bassi dalla possibilità di attingere a risorse economiche e culturali per porre in essere un’adeguata riparazione, risponde così Luciano Eusebi: “la riparazione del danno è sempre praticabile, perché è riferita alle condizioni soggettive dell’autore e non coincide col risarcimento oggettivo del danno né lo implica in modo necessario.” In *Competenza penale del giudice di pace...*, op. cit., 2002, p. 53 e 71.
- 59.Questa scelta, forse condizionata dalla natura ancora sperimentale del nuovo sistema, appare in contrasto con le scelte operate in altri ordinamenti dove non esiste una griglia rigida che “delimiti” l’esperibilità della pratica conciliativa. Per esempio in molti ordinamenti nordamericani, la mediazione si pone come tecnica di composizione dei conflitti interpersonale, non avente come parametro di riferimento le norme penali. Sappiamo però che proprio in tali ordinamenti una spinta in tal senso è garantita dalla presenza del principio di discrezionalità dell’azione penale.
- 60.PAPA, “La selezione dei reati per il sistema penale del giudice di pace: costruzione di un nuovo sistema punitivo e mutazioni della legalità penale”, in *Competenza penale del giudice di pace...*, op. cit., 2002, p. 40. L’Autore in ordine all’inosservanza dell’art. 731, ravvisa la possibilità che la competenza attribuita al giudice di pace possa sia incidere positivamente sul rapporto tra soggetto attivo e minore, sia consacrarlo alla figura di giudice più vicino alla comunità e al territorio incrementando così l’efficienza del sistema.
- 61.Intervento “Tutela della vittima, mediazione penale e giustizia riparativa” di Bouchard al Corso di formazione La vittima del reato tenutosi a Roma dal 5 al 7 dicembre 2002.
- 62.SCARDACCIONE, “Nuovi modelli di giustizia riparativa e mediazione penale”, in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, n.1-2, 1997, p. 25.
- 63.Solo la Raccomandazione del Consiglio d’Europa sulla mediazione in materia penale del 1999 contiene una definizione della mediazione. Si veda il terzo capitolo.
- 64.BONAFE’-SCHMITT, *La médiation: une justice douce*, Paris, 1992.
- 65.CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996, p. 5.
- 66.MANNOZZI, “Problemi e prospettive della giustizia ripartiva alla luce della Dichiarazione di Vienna, in *Rassegna penitenziaria e criminologica del Ministero della Giustizia*, n.1-3, 2000, p. 21.
- 67.MORINEAU, *L’esprit de la médiation*, Raimonville Saint-Agne, Edition Erés, 1998, traduzione di F. SOSSI, *Lo spirito della mediazione*, Milano, Franco Angeli, 2000, p.78-79.
- 68.OCCHIOGROSSO, “Mediazione e dintorni: il punto sulla nuova cultura del vivere civile e del fare giustizia”, in *Minorigiustizia*, n.2/1999, p. 27.