



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

GIUSTIZIA RIPARATIVA
RESPONSABILITÀ, PARTECIPAZIONE, RIPARAZIONE

a cura di

Gabriele Fornasari

Elena Mattevi

2019



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

40

2019

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2019
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-847-8
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS -
Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons
Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Maggio 2019

GIUSTIZIA RIPARATIVA

RESPONSABILITÀ, PARTECIPAZIONE, RIPARAZIONE

a cura di

Gabriele Fornasari

Elena Mattevi

Università degli Studi di Trento 2019

INDICE

	Pag.
Arno Kompatscher <i>Saluti introduttivi</i>	VII
Fulvio Cortese <i>Prefazione</i>	IX
Gabriele Fornasari, Elena Mattevi <i>Premessa</i>	1
Michael Kilchling <i>Restorative justice: incorporating victims' rights and needs</i>	3
Bruno Bertelli <i>Significato e utilità dei percorsi di giustizia riparativa per l'autore di reato</i>	35
Frieder Dünkel <i>Restorative justice in juvenile and adult criminal law: European comparative aspects</i>	49
Kolis Summerer <i>La giustizia riparativa nell'esperienza austriaca</i>	143
Gabriella Di Paolo <i>La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile</i>	165
Valeria Tramonte <i>Percorsi riparativi nella giustizia minorile: l'attività del Centro di Giustizia Riparativa della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol</i>	179

	Pag.
Elena Mattevi	
<i>La giustizia riparativa nel procedimento penale a carico degli imputati adulti: un'introduzione</i>	185
Daniela Arieti	
<i>La giustizia riparativa nel procedimento penale a carico di imputati adulti. L'esperienza del Centro di Giustizia Riparativa di Trento nel procedimento penale davanti al giudice di pace e nella messa alla prova: potenzialità e criticità</i>	199
Alessandra Demetz	
<i>La giustizia riparativa nella prospettiva del giudice di pace</i>	205
Antonia Menghini	
<i>Giustizia riparativa ed esecuzione della pena. Per una giustizia riparativa in fase esecutiva</i>	211
Giovanni Maria Pavarin	
<i>La giustizia riparativa nella fase esecutiva. Esperienze della magistratura di sorveglianza</i>	227
Salvatore Piromalli	
<i>Giustizia riparativa ed esecuzione della pena. Il punto di vista dell'U.e.p.e.</i>	239
Grazia Mannozi	
<i>Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione. Relazione di sintesi</i>	243

SALUTI INTRODUTTIVI

È con viva soddisfazione che presento il volume contenente gli atti del primo Convegno internazionale realizzato nel nostro territorio sul tema “Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione”.

Il Convegno è stato promosso dalla Regione con la preziosa collaborazione della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Trento, che da tempo rivolge particolare attenzione alla dimensione territoriale ed istituzionale, orientando parte dell’attività scientifica e didattica verso il tema della giustizia riparativa. Un chiaro esempio di questa sensibilità è indubbiamente rappresentato dalla costituzione dell’Osservatorio sulla giustizia di pace, conciliativa e riparativa.

Con grande lungimiranza, la Regione ha istituito nel 2003 il Centro di Mediazione Penale, ponendolo a supporto dello spirito conciliativo che connota la giustizia di pace, in virtù della competenza in tale settore derivante dalle norme di attuazione dello Statuto di autonomia.

Negli anni successivi, grazie a protocolli di intesa e ad una positiva collaborazione col Ministero della Giustizia, l’attività si è estesa anche all’ambito minorile, dell’esecuzione penale e della messa alla prova per soggetti adulti.

Il Centro, nel corso degli anni, ha inoltre realizzato progetti in ambito sociale, educativo e rieducativo, avviando proficue collaborazioni con la Questura di Trento, il Garante dei Minori della Provincia di Trento, vari istituti di formazione, enti e associazioni del territorio. E l’arricchimento del quadro delle attività ha motivato il mutamento della denominazione originaria in “Centro di Giustizia Riparativa”, adottata anche in ragione dell’attuale orientamento internazionale sul tema.

Il Centro di Giustizia Riparativa è stato il primo centro pubblico in Italia a svolgere mediazione penale e rimane tuttora uno dei pochi, in

un ambito in cui molto è lasciato all'iniziativa del terzo settore e a finanziamenti sui singoli progetti.

Proprio per il fatto di essere istituito all'interno di un ente pubblico, il Centro può contare su una non comune stabilità, che permette di garantire continuità ed accessibilità del servizio, formazione continua degli operatori e possibilità di collaborazioni ed intese con altri enti pubblici per sperimentazioni e/o per l'attivazione di nuovi servizi.

A distanza di quasi quindici anni dall'istituzione del Centro, questo Convegno ha quindi rappresentato un'occasione per favorire e stimolare sul nostro territorio una ulteriore riflessione sul tema della Giustizia riparativa, la cui efficace implementazione può costituire uno straordinario strumento di crescita e sviluppo di una comunità.

Non a caso, anche nel dibattito pubblico, questa tematica sta assumendo una sempre maggiore rilevanza. "Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato" è stato infatti uno dei tavoli degli stati generali dell'esecuzione penale promossi nell'anno 2015 dal Ministro della Giustizia.

Il coinvolgimento in questo Convegno di esperti internazionali ha consentito infine di esplorare le esperienze di Restorative Justice (RJ) e di riflettere sulla questione con una prospettiva comparata, grazie anche alle preziose testimonianze sulle buone pratiche sviluppate in Europa. L'approccio multidisciplinare e l'autorevolezza degli studiosi presenti hanno garantito un confronto propositivo e lungimirante, che potrà indubbiamente rappresentare un prezioso impulso per l'ulteriore miglioramento delle attività già avviate sul territorio.

L'auspicio è quindi che gli atti raccolti nel presente volume possano rappresentare un importante stimolo alla riflessione su questo importante strumento, nonché la base per il raggiungimento di risultati sempre più soddisfacenti.

Arno Kompatscher
Presidente della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol

PREFAZIONE

Il presente volume raccoglie gli atti di un convegno internazionale tenutosi a Trento, presso la Facoltà di Giurisprudenza, il 20-21 gennaio 2017, e frutto della collaborazione che da lungo tempo lega la Facoltà stessa e la Regione Trentino-Alto Adige / Südtirol: si tratta senz'altro di un rapporto positivo, che in tal modo si riconferma come foriero di acquisizioni tangibili e destinate a lasciare traccia, nel tempo, dell'esistenza di un orizzonte comune di azione.

Il fatto che questo orizzonte esista davvero, sia sul piano scientifico, sia su quello pratico, è ulteriormente testimoniato, di per sé, dal tema che i contributi qui pubblicati affrontano in tutte le sue complesse declinazioni. La giustizia riparativa, infatti, è al centro dell'attenzione non solo degli studiosi, ma anche di tutti gli attori istituzionali, che, direttamente o indirettamente, svolgono funzioni capaci di interagire con la delicatissima materia dell'esecuzione della pena.

In parte, infatti, si tratta di dare concretezza ed effettività a quanto previsto dall'art. 27, comma 3, Cost., specie laddove si stabilisce che le pene “devono tendere alla rieducazione del condannato”. Si può affermare che ci si trova dinanzi a un obiettivo che è diventato, per il legislatore come per la magistratura, per l'amministrazione penitenziaria e per la dottrina giuridica, una vera e propria sfida; un rompicapo, in qualche modo, dal momento che, negli ultimi anni, e sempre più spesso, il dibattito pubblico, e politico in particolare, ha sempre cercato di avallare una sorta di scissione, al punto da renderle quasi inconciliabili, tra l'esigenza della “certezza della pena” e l'esigenza del “recupero” del soggetto ritenuto colpevole e per questo punito. Vero è che le due dimensioni devono comunicare necessariamente e che, pertanto, il ragionare assieme di giustizia riparativa e di possibili modelli (anche sul piano comparato) può fornire sollecitazioni utili a razionalizzare un discorso che, altrimenti, rischia di diffondere, negli operatori come nella cittadinanza, convinzioni assai pericolose.

Ma non ci si può neppure nascondere che, traguadata nella cornice di un orizzonte più ampio, la prospettiva della giustizia riparativa va anche al di là delle esigenze ora brevemente ricordate e postula una revisione più intensa e più profonda delle concezioni della pena più diffuse; quanto meno, impone una rivisitazione delle concezioni, tipiche della modernità giuridica, che, enfatizzando l'istanza garantistica della neutralizzazione assoluta del momento dell'esecuzione della sanzione, hanno impedito la formazione di un canale di comunicazione, potenzialmente proficuo, tra il condannato e la vittima. Non v'è chi non veda, d'altra parte, che un reale recupero del primo – con sua sostanziale ricettazione nel novero della comunità sociale di riferimento – ha una maggiore *chance* di realizzarsi allorché sia anche la seconda a riconoscere e testimoniare il percorso di riconciliazione. E non v'è chi non veda, da questo specifico punto di vista, che è quanto mai proficuo allargare lo spettro dei principi e dei criteri che devono “governare” l'esecuzione della pena all'operatività dei principi e dei criteri che regolano l'amministrazione pubblica in forza dell'art. 97 Cost.: l'imparzialità e il buon andamento non possono che essere i riferimenti primi per recuperare obiettività ed efficienza in un contesto che contempla l'esercizio continuativo di poteri pubblici assai incisivi e che si vorrebbe, per definizione, partecipato se non condiviso.

Non rimane, dunque, che augurarsi che gli spunti emergenti dai lavori qui pubblicati costituiscano una tappa di un percorso di ricerca e di impegno ancor maggiore. Di certo la Facoltà trentina non può che ringraziare i colleghi Prof. Gabriele Fornasari e Dott.ssa Elena Mattevi per aver saputo coltivare con perizia e passione questa traccia di ricerca e per essersi sempre distinti quali interlocutori preziosi del rapporto di cooperazione con la Regione Trentino-Alto Adige / Südtirol; una sinergia che la Facoltà considera preziosa e che potrà sicuramente continuare a declinarsi in modo reciprocamente fruttuoso.

Fulvio Cortese

Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

PREMESSA

Gabriele Fornasari, Elena Mattevi

Il presente volume raccoglie gli atti del Convegno internazionale svoltosi a Trento in data 20 e 21 gennaio 2017 sul tema “Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione”.

Il Convegno è stato organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, ed in particolare dall'Osservatorio sulla giustizia di pace, conciliativa e riparativa, in stretta collaborazione con le mediatrici del Centro di Giustizia Riparativa della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige Südtirol, che per prime ne hanno promosso l'ideazione.

La Regione Autonoma Trentino-Alto Adige Südtirol, che da anni sostiene le attività della Facoltà di Giurisprudenza in tema di giustizia di pace e di mediazione, ha offerto il suo prezioso supporto.

Il titolo del Convegno offre una sintesi degli elementi che maggiormente qualificano i procedimenti riparativi, definiti dalla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI, come procedimenti che permettono «alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale» (art. 2 c. 1, lett. a) punto d).

Una “partecipazione” vera, che può essere estesa anche alla comunità, presuppone che le parti si confrontino con il concetto di responsabilità per il fatto commesso, che si assumano la responsabilità per i danni arrecati.

Questa “responsabilità” deve tuttavia essere intesa in termini corretti, alla luce della centralità che riveste per la giustizia riparativa la nozione di reato come “violazione dei diritti individuali delle vittime”, di

rottura di una relazione, di conflitto, più che di violazione della norma penale.

È una responsabilità relazionale, quindi, che l'autore di reato si assume nei confronti della vittima, ma che si estende anche alla comunità, chiamata ad assumere un ruolo attivo nella gestione delle conseguenze del reato.

Attivo è anche il ruolo della vittima, che può scegliere di ristabilire un contatto con l'autore di reato, di aprire un canale comunicativo a partire dalla narrazione della propria sofferenza.

L'obiettivo è infine quello della "riparazione", il cui contenuto viene concretamente a dipendere dalle esigenze di tutti gli attori coinvolti, ma che, ancora una volta, più che esprimere un valore economico, deve esprimere un valore di relazione.

I primi contributi del presente volume sono incentrati sulla definizione e sul significato della giustizia riparativa da una prospettiva criminologica e sociologica, con ampie aperture alle principali esperienze europee. La prima parte dell'opera si conclude quindi con un'illustrazione approfondita della realtà giuridica austriaca.

Nella seconda parte del volume, invece, verranno svolti degli approfondimenti più specifici sugli spazi riconosciuti in Italia alla giustizia riparativa nel processo minorile, in quello degli adulti e nella fase esecutiva della pena. Ad interventi più teorici si affiancheranno le voci di diversi operatori, giuristi e non.

La relazione conclusiva è quella della prof.ssa Grazia Mannozi, che nel 2015 ha coordinato il Tavolo tematico su "Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato" nell'ambito degli Stati generali sull'esecuzione penale voluti dal Ministro della Giustizia Andrea Orlando.

RESTORATIVE JUSTICE: INCORPORATING VICTIMS' RIGHTS AND NEEDS

"Nope, I wanna go in"

(spontaneous reply of a widow when invited to an indirect conciliation
with the prisoner who had killed her husband)

"Mum, great, you should do it"

(comment by her daughter)¹

Michael Kilchling

TABLE OF CONTENTS: 1. *Introduction*. 2. *Potential Impact of Restorative Justice for Victims*. 3. *International Framework Regulations of Restorative Justice*. 3.1. *United Nations*. 3.2. *Council of Europe*. 3.3. *European Union*. 4. *Restorative Justice as a Genuine Victims' Right*. 5. *Outlook: Restorative Justice in Europe – From Factual Heteronomy to a Right-Based Approach*. 5.1. *Availability*. 5.2. *Accessibility*. 5.3. *Autonomy*. 5.4. *A Concrete Example: The Concept of Restorative Justice in Germany*. 6. *Conclusion*. 7. *References*.

1. Introduction

The above quote illustrates the great potential of restorative justice from the perspective of a victim – represented by a victim of the most serious crime possible. This spontaneous reaction was expressed during the first telephone call of a mediator when introducing the Baden-Württemberg pilot project on restorative justice in prison. In this particular case, the mediator had contacted the victim, whose husband was killed years before, explaining that her husband's murderer – serving a

¹ Excerpt from interviews conducted in the course of the empirical study on the pilot project 'Restorative justice in prisons of [the German federal state of] Baden Württemberg'. For more details, see KILCHLING 2017, interview transcripts F 11 und F 12 (translation by the author; original quote in German: "Als mich die Mediatorin angerufen und gefragt hat, dass der Täter Kontakt mit mir haben will, ob er das darf, schreiben und so, dann habe ich gesagt, ... *nee, ich will rein*. So kam der Täter-Opfer-Ausgleich ja zustande").

life sentence – had registered to participate in the project. As a first preparatory step in such cases involving the most serious types of crime with potentially highly traumatized victims, it was foreseen that prisoners would write a letter in a victim-sensitive style during the preparatory sessions with the mediator, to be posted only upon explicit prior consent by the victim. The victim's reply, as quoted above came in reaction to the mediator's careful inquiry whether she would be willing to accept such a letter. In her view, such a written statement from the offender was "too easy an effort for exculpation" and would be neither adequate nor sufficient. Instead, she immediately put forward this explicit request for a direct personal encounter with the offender in the prison facilities. Her daughter displayed a very different attitude, rejecting any kind of facilitated communication with her father's murderer, be it direct or indirect. At the same time, however, she expressed full sympathy and support for her mother's decision to participate in the mediation, and further emphasized that the quest for a face-to-face encounter had been her mum's clear and strong desire for many years. Interestingly, the daughter's position was a rather nuanced one: while supporting the idea of restorative justice in principle, she was frightened of being not capable of keeping her emotions under control in this particular scenario.

This case shows two basic positions of victims of crime that are well-known in victimological research: many victims are rather open towards the concept (and different practices of) restorative justice. The actual willingness, or preparedness, for active participation depends on a variety of individual and subjective factors that relate to the victimization and the victim's personality, coping skills and actual psychological constitution. In principle, these experiences can be generalized, including when serious and most serious types of crime are concerned². At the same time, the quest for a face-to-face encounter, as quoted above, clearly illustrates the potential for a courageous expansion of restorative justice which, to date, is still rather limited in many jurisdictions. The current legal and organizational restrictions – applicable only in the context of prosecutorial diversion or in youth cases or in cases involving minor offences – should be eliminated, thus transforming restora-

² For more details, see KILCHLING 1995, 558 et seq.

tive justice into a universal instrument that is available in any case and at any stage of the procedure – pre-trial, during the trial, and post-trial. So far, only a few countries in Europe (namely Belgium, Germany and the United Kingdom) have implemented such a concept to enable restorative justice when the offender is in prison.

This article commences with a very short introduction into the concept of restorative justice, with a particular focus on the potential impact for the victims, followed by an overview of the current international framework regulations of the sector, including the brand-new Council of Europe Recommendation of 2018. An in-depth textual analysis and interpretation of the related provisions of the 2012 EU victim directive will then provide the basis for a new understanding of restorative justice as a genuine victims' right. Basic elements of such an approach will be identified; these can be seen as parameters for an effective transformation of restorative justice from a heteronomous to a right-based approach. As a concrete example, the German legal framework for restorative justice will finally be outlined. It will be argued that while the German system is, in principle, designed as a universal, open system, in practice it is still far away from a form of self-reliant accessibility that would provide victims a free choice *for* restorative justice.

2. Potential Impact of Restorative Justice for Victims

From the beginning, the potential impact of restorative justice for victims was one of the central issues discussed in international literature³. This potential is based on the perception of the offence as a violation of the victims' rights⁴. The various concepts of restorative justice are based on the assumption that the criminal trial, with its inherent focus on the identification, conviction and punishment of the offender, is

³ For a short review of the international development of restorative justice (research and practices), see AERTSEN 2017.

⁴ MANNOZZI 2017, 151 et seq.; this article provides an insightful analysis of the cultural and philosophical background of restorative justice as a humanistic approach to justice.

hardly prepared to meet the needs of the victim. Dissatisfaction with the current structure and performance of the criminal justice system is widespread. In order to safeguard the fundamental rights of the accused – above all else, the presumption of innocence – the trial has to be very strict and formal. This explains why restorative justice, dissociated from the criminal procedure in regard to both its aims and its way of operation, has long been seen as a symbol of a more victim-friendly format for delivering justice⁵. All essential components of restorative theory – sometimes idiomized as the ‘4 R’s’ of restorative justice⁶ – have a direct impact on the victims:

- re-personalization,
- representation,
- reparation/restoration, and
- re-integration.

Meanwhile, the empirical evidence for the specific victim-beneficial impact of restorative justice are manifold and convincing⁷. One of the crucial aspects is the role, and importance, of communication. It provides the necessary space for victims to articulate their perception of what happened, their loss and suffering, their expectations, feelings and emotions, and to confront their counterparts – the victimizers – with all of these, and to put forward any questions they may have. In reply, the other party has to accept responsibility and to demonstrate remorse. The presence of the facilitator supports the communicative interaction, and guarantees the safeness of the setting. Procedural limitations as to the content of the communication arising from the necessary formalities of the court trial do not apply. Such a setting is well suited to deliver procedural justice to the victim. The second crucial element is the restorative outcome of the procedure⁸. The victim can take immediate and individualized advantage out of it. There is a much broader variety of restorative options that far exceed what can be achieved in a formal

⁵ For more details, see KILCHLING & LÖSCHNIG-GSPANDL 2000.

⁶ See, e.g., MCCARNEY 2002.

⁷ See, e.g., STRANG 2002, SHERMAN & STRANG 2007, VANFRAECHEM ET AL. 2010, VAN CAMP 2014, VANFRAECHEM ET AL. 2015, JOHNSTONE 2017; with special emphasis on restorative justice in cases of terrorism, see VARONA 2014, BERTAGNA ET AL. 2015.

⁸ For more details, see LÖSCHNIG-GSPANDL 2004.

process, be it before a criminal or a civil court. Possibilities include material and immaterial compensation, symbolic action, the solution or dissolution of conflictual relationships, a self-commitment of the offender to abstain from future attempts to contact the victim or from returning to the past domicile or neighborhood after release from prison, other behavioral self-commitment, or just an apology. Sometimes the conversation alone is to be considered as a valuable and important step and, therefore, as a restorative achievement. Both components, the procedural and the outcome-related justice, are important factors in the coping process of the victims. Research on attitudes to punishment indicates that the frustrated expectations to receive procedural and outcome-related justice can be an explanatory factor for retarded or insufficient coping, a situation which can activate and fuel punitiveness⁹.

It is the victims of serious crimes, in particular, who can most profit from participation in restorative justice. In many such cases, the communicative process and, ideally, the personal encounter, is more important while the actual outcome can be of subordinate importance¹⁰. Recent literature provides strong evidence for the virtue of a universal approach¹¹. Based on today's state of empirical knowledge it can no longer be justified why victims of such crimes ought to be excluded from such a beneficiary procedure. Experiences made in the course of the victim-oriented program offered by the Thames Valley probation service have shown that the demand of victims for restorative justice is even higher than the willingness of prisoners to participate¹². Expectations articulated by victims of serious and very serious crimes clearly indicate that the focus on material compensation that has dominated the discussion about restorative justice for a long time – and which still is one of the core expectations by many prosecutors and judges – is too narrow, too.

⁹ For more details, see KILCHLING 1995, 136 et seq. and 174 et seq.

¹⁰ Concrete cases analyzed by VAN CAMP 2014, 62 et seq.

¹¹ See, e.g., STRANG 2002, SHAPLAND ET AL. 2011, VAN CAMP & WEMMERS 2011, VAN CAMP 2014; examples of restorative practices involving offenders in prison provided by BARABÁS ET AL. 2012, BUNTINX 2015, EMERSON 2015, LUMMER ET AL. 2015, KILCHLING 2017.

¹² See WAGER & WAGER 2015.

Against this background, restorative justice is to be considered as a highly valuable resource that carries an enormous potential which, in terms of both, need and impact¹³, increases in proportion to the seriousness of the victimization. From such a perspective, the application of restorative justice in cases of serious crimes is more than just an organizational expansion of a practice that, for a long time, was (and in some countries still is) limited to cases that qualify for diversion or minor punishment at best. There are good reasons to argue that such a beneficial resource is misspent, if not wasted, on bagatelles. Instead, new priorities should be defined and restorative justice delivered – first and foremost – in cases involving seriously harmed victims. It is evident that the proper handling of these cases requires significantly more attention and intense care – for preparation, in the course of the meeting, and for aftercare¹⁴ – than the bulk of ‘every day cases’. Of course, mediators should nevertheless not neglect the less serious and minor cases whenever capacities are available.

3. International Framework Regulations of Restorative Justice

Restorative Justice has long enjoyed strong political support by many international actors, resulting in a variety of resolutions, recommendations and other initiatives on all major policy levels. Most important are the UN Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters of 2002¹⁵, and the 1999¹⁶ and 2018¹⁷

¹³ Depending on the individual circumstances of a case, restorative justice can also have protective and therapeutic impact; for more details, see EREZ/KILCHLING/WEMMERS 2011, VAN CAMP 2014; JOHNSTONE 2017 speaks of healing.

¹⁴ In the cases dealt with in the pilot project with prisoners in Baden-Württemberg/Germany (see above, footnote 1), the average number of meetings with prisoners was 3.3 (maximum: 14), and 2.7 (maximum: 6) with the victims; for more details, see KILCHLING 2017, 46 et seq.

¹⁵ ECOSOC-Resolution 2002/12: www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf; see also the 2006 Handbook on Restorative Justice Programmes by UNODC: www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf [November 2018].

Recommendations of the Council of Europe with the supplementary Guidelines for better implementation of December 2007¹⁸. In fact, the major elements of restorative justice were already sketched out in the UN victims declaration of 1985¹⁹, i.e., the “magna carta of the victims’ rights” (Marc Groenhuijsen)²⁰. All these activities underline the close and contextual connection of the restorative justice and the victims’ rights movements.

3.1. United Nations

Most international documents clearly promote the universal applicability of restorative justice for all kinds of crime. In its handbook for restorative justice, the United Nations provides detailed principles for the application of restorative justice, including when the offender is in prison. In the handbook’s chapter on the use of restorative justice, the possible scope of application, which in the Basic Principles was sketched out in a rather summarized way (“at all stages of the criminal justice system”)²¹ is specified in a clear and detailed way which, in principle, includes the entire process of penal intervention, no matter what process model may apply in a given jurisdiction. It reads as follows:

¹⁶ Council of Europe Recommendation R(99)19 of the Committee of Ministers to member states concerning mediation in penal matters; <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059> [November 2018].

¹⁷ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)8 of the Committee of Ministers to member states concerning restorative justice in criminal matters (3 October 2018); <https://rm.coe.int/cm-rec-2018-8-concerning-restorative-justice-in-criminal-matters-03-10/16808e3b08> [November 2018].

¹⁸ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Guidelines for a better implementation of the existing Recommendation concerning mediation in penal matters; <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1223865&Site=DG1-CEPEJ> [November 2018].

¹⁹ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (A/RES/40/34 of 29 November 1985); <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm> [November 2018].

²⁰ GROENHUIJSEN 2014, 32.

²¹ See the annex to ECOSOC-Resolution 2002/12 (‘Basic Principles’; see above, footnote 19), no. 6.

...there are within a criminal justice system four main points at which a restorative justice process can be successfully initiated:

- (a) at the police level (pre-charge);
- (b) prosecution level (postcharge but usually before a trial),
- (c) at the court level (either at the pretrial or sentencing stages); and,
- (d) corrections (as an alternative to incarceration, as part of or in addition to, a non-custodial sentence, during incarceration, or upon release from prison)²².

3.2. *Council of Europe*

The Council of Europe is pursuing the same approach. In its chapter on definitions and general operating principles, the brand-new Recommendation on restorative justice in criminal matters suggests that restorative justice may be available “at any stage of the criminal justice process, [...] before or parallel to prosecution [...] or after a sentence has been passed or completed”²³. In reaction to the restrictive implementation practice in most of the member states, the guidelines for a better implementation of the first Recommendation of 1999 explicitly suggested an extension of the scope of application of restorative justice services to the stages of enforcement and imprisonment²⁴. In concordance with these principles, the European Prison Rules, which provide the standards for the execution of prison sentences in the member states, under no. 103.7 put emphasis on restorative justice and reparation as adequate measures of treatment and rehabilitation of prisoners²⁵. Consequently, the new Recommendation now explicitly notes that «the

²² UN Handbook on Restorative Programmes (see above, footnote 15), 13 (line breaks added by author).

²³ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)8 of the Committee of Ministers to member states concerning restorative justice in criminal matters (see above, footnote 17), rule 6.

²⁴ Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning mediation in penal matters (see above, footnote 18), no. 9.

²⁵ Council of Europe, Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules; <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747> [November 2018].

type or seriousness of the offence should not, in itself, preclude restorative justice»²⁶.

The expansion of applicability of restorative justice to the stages of enforcement (sometimes referred to as *mediation post sententiam*)²⁷ and incarceration (also referred to as *mediation intra muros*)²⁸ is a logical further development and advancement of the current, rather restricted services. It opens access to a new spectrum of cases that include severe crimes, offenders with problematic personalities, and highly traumatized and vulnerable victims, including also close relatives of those who came to death through crime. Prisons can provide a safe environment for a restorative setting in which the victimized clients can feel protected²⁹. Accordingly, and in line with their clear preference for a universal approach, the 2018 Recommendation calls, in the chapter on the operation of restorative justice services, for advanced training to be provided for facilitators involved in sensitive, complex and serious cases; facilitators should be aware of the vulnerability of the victims and ensure their safety³⁰. In the prison project in Baden-Württemberg/Germany³¹ a distinct catalogue of standards were enacted to reflect and deal with the specificities of the cases involved³².

In lack of immediate legal force, all Council of Europe texts are of recommendatory character only. Because of this, substantial differences in the national policies towards restorative justice have developed³³. On the one hand, there are substantial disparities in regard of the spectrum

²⁶ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)8 (see above, footnote 17), rule 18.

²⁷ BARONA VILAR 2015.

²⁸ VAN GARSSE 2014, 19.

²⁹ KILCHLING 2017.

³⁰ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)8 (see above, footnote 17), rules 43 and 47.

³¹ See above, footnote 1.

³² KILCHLING 2017, 5 et seq. and 127 et seq.; the standards for cases r.j. in prison available at www.toa-bw.de/templates/img/Standards_TOA_im_Justizvollzug.pdf, the general standards at www.toa-servicebuero.de/sites/default/files/bibliothek/toa-standards_7._auflage.pdf [German versions only; November 2018].

³³ For detailed comparisons of the rules for restorative justice in Europe, see MIERS & AERTSEN 2012, DÜNKEL ET AL. 2015.

of cases that are open for restorative settlement. Prevalent criteria for eligibility may be related to the type of crime – misdemeanor or felony, positive or negative lists of specified offences, or threshold models based on a minimum or maximum statutory penalty – or to specified offender-related criteria – juvenile or adult, first time or repeat offender, etc. Hence, the barring of cases that do not meet such criteria leads to a de facto exclusion of the victims concerned from restorative justice and its potential benefits. However, their chance to take advantage of the benefits of restoration should not depend on criteria that are neither related to, nor relevant to the victims. The second fundamental aspect that is clearly connected to the issue of exclusion versus inclusion – and which will be addressed in more detail in the following sub-chapter – relates to the different concepts of access. The problem is that even if a case formally qualifies for a restorative settlement, the actual referral procedures that apply in the vast majority of jurisdictions are not prepared to provide victims with an active choice. Most often prosecution authorities have the exclusive power of (pre-) selection. In order to enhance accessibility of restorative justice services, the 2018 Recommendation explicitly promotes that procedures should be introduced based on which referrals may also be requested by the parties themselves³⁴; alternatively self-referrals should be possible³⁵. The latter appears more in line with the general principles of restorative justice as it strengthens the autonomy of those concerned, i.e., not lastly, the individual victims.

3.3. European Union

Unlike the Council of Europe, the European Union has the power to enact legally binding primary law in certain areas of criminal and criminal procedural law. The rights of victims of crime is one of those areas³⁶. As of today, however, the EU legislature has been much too hesitant in pushing member states towards a broader and more consequent

³⁴ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)8 (see above, footnote 17), rule 6.

³⁵ *IBID.*, rule 19.

³⁶ Art. 82 para. 2(c) of the TFEU (consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union).

applicability. On the one hand, some basic provisions have been introduced. On the other hand, these are insufficient and contradictory in their material substance, and they clearly lack behind the standards accomplished by the Council of Europe.

Interestingly, the first regulations were already passed before the Lisbon Treaty through which the Union gained its current legislative powers. The 2001 Framework Decision on the standing of victims in criminal proceedings³⁷ included an extra article providing that member states «shall seek to promote mediation in criminal cases for offences which it considers appropriate for this sort of measure»³⁸. In light of its vague content and discretionary scope, the article appeared to be more a policy phrase than a legal norm. Nevertheless, it was a visible first statement, promulgating a positive basic attitude about restorative justice. Meanwhile the provision was replaced in relation to most of the member states by the 2012 victims directive³⁹; it remains effective in the UK (as long as the country is bound to respect EU laws) and Denmark which have opted out, *inter alia*, from common policy in police and justice matters⁴⁰. The regulatory context – i.e., the integration of restorative justice in legal act on the rights, support and protection of victims – can be explained by the fact that the legislative powers of the European Union are restricted⁴¹. Unlike the Council of Europe, the European Union would not be entitled to pass a genuine instrument that could provide a comprehensive regulatory framework on restorative justice. The way taken was the only option at all for the setting-up of some minimum standards in this field. As a consequence, a certain bias is apparent⁴². The provisions carry a general attitude of restorative jus-

³⁷ EU Framework Decision 2001/220/JHA of 15.3.2001 on the standing of victims in criminal proceedings, O.J. L 82/1.

³⁸ Framework Decision 2001/220/JHA, Art. 10 para. 1.

³⁹ Directive 2012/29/EU of 25.10.2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, O.J. L 315/57.

⁴⁰ Art. 30 of the Directive 2012/29/EU.

⁴¹ Of course, also the above-mentioned traditional links between the restorative justice and the victims' rights movements played a role.

⁴² See, with similar notion, also AERTSEN 2017.

tice as something to be wary and cautious of⁴³. Gema Varona even recognized a suspicion towards restorative justice⁴⁴. However, the original draft of the EU Commission⁴⁵ (that had signified a step backwards from the open approach of the 2001 Framework Decision) was modified to a considerable extent in the course of the legislative procedures, due, in part, to the input of relevant stakeholders⁴⁶. The provisions now allow for a progressive interpretation of the Directive's concept of restorative justice via a rights-based approach. Varona was one of the first authors in Europe in plea for restorative justice as a civil right⁴⁷.

Two of the current provisions are the cornerstones of such a rights-based concept. The first one is the right to receive information according to article 4, which provides a mandatory catalogue of relevant kinds of information that have to be delivered to the victims. The aim of this requirement to convey information is to ensure that victims can exercise their rights in a timely manner. The catalogue also includes information about «the available restorative justice services»⁴⁸. Hence, the wording of the provision clearly indicates a certain meaning and reasoning, that goes beyond the simple 'passing-on' of some abstract information about what restorative justice is and how it works⁴⁹. The norm is further concretized by the word 'available': it implies an expectation that the victim shall receive individualized information about

⁴³ See, inter alia, recital 46 of the directive which reads as follows: «[...] Factors such as the nature and severity of the crime, the ensuing degree of trauma, the repeat violation of a victim's physical, sexual, or psychological integrity, power imbalances, and the age, maturity or intellectual capacity of the victim, which could limit or reduce the victim's ability to make an informed choice or could prejudice a positive outcome for the victim, should be taken into consideration in referring a case to the restorative justice services and in conducting a restorative justice process [...]».

⁴⁴ VARONA 2014, 555.

⁴⁵ European Commission, proposal of 18.5.2011, COM(2011) 275 final, 2011/0129 (COD).

⁴⁶ Among the stakeholders, the European Forum for Restorative Justice filed a critical motion to the DG Justice and the parliamentary commission in charge of the matter.

⁴⁷ VARONA 2014.

⁴⁸ Art. 4 para. 1(j).

⁴⁹ Unfortunately, the German legislature transposed the norm in such an unsuitable manner which is, theoretically as well as practically, totally useless for the individual victim; for critical notions, see KILCHLING 2014 & 2015.

services to which he or she have access. Only such an interpretation is in line with the general purpose of the directive, that is, the delivery of effective and individualized victim services. There can be no serious doubt that availability, seen from the perspective of the individual victim, cannot mean anything else but the opportunity for a self-determined demand for restorative justice. In addition to this textual interpretation, recital 37 explains even more concretely that victim support services should be available «in accordance with the needs of the victim and the rights set out in this Directive [...] through a sufficient geographical distribution [...] to allow all victims the opportunity to access such services». Accordingly, the service in question should be accessible and reachable for the individual victim.

The second core provision on restorative justice is article 12. This article defines a number of safeguards in the context of restorative justice⁵⁰. All the aspects specified are part of the professional standards that are the basis for the work of the national service providers; in most of the countries, these standards are much more detailed. Amongst other points, the delivery of restorative justice shall be based on the victim's free and informed consent; in addition, it is required that restorative justice shall be used only if it is in the interest of the victim⁵¹. In a narrow, literal meaning, such a requirement would be in contradiction to one of the basic principles of restorative justice, that is, its impartiality or all-/multi-partiality. Considering the paternalistic, over-protective attitude of the directive identified above, such a clause might even be misunderstood as a plea or gateway for the introduction of an administrative (ex-ante) assessment of the appropriateness, or suitability, of cases in light of the interests of the victim⁵². However, this would quash the autonomy of the victim: no one else but the victim is entitled to decide about the 'restorability' of a victimization and its consequences. If we take this fundamental premise seriously, then there can only be one interpretation of this clause, that is, that restorative justice must not be

⁵⁰ Art. 12 para. 1.2(a) to (e).

⁵¹ Art. 12 para. 1.2(a) and (b).

⁵² The situation is of course different with regard to the judicial or prosecutorial ex-post assessment which aims at assessing the appropriate consequence for the offender (see below, 5.4).

conducted in a way that neglects or even obstructs the interests of the victim. However, this is guaranteed already by the parallel rule that the victim, as any other party, can step back from the exercise at any time.

4. Restorative Justice as a Genuine Victims' Right

Moreover, article 12 includes a further revelatory formulation that could, and should be, seen as the principal regulation when it comes to the issue of the initiation⁵³ of restorative justice. It provides that member states «shall ensure that victims who choose to participate in restorative justice processes have access to safe and competent restorative justice services»⁵⁴. This sub-paragraph consists of two core elements: emphasis on the victims' free choice, and a guarantee that victims who choose to participate have access to (high) quality – i.e., safe and competent – restorative services.

The essential question is: Do these formulations give victims a – genuine – right to restorative justice? Formally speaking, the provision avoids the term “right to access”. Whereas such a formula was originally foreseen as the header of the related provision in the first draft of the directive, the final version lacks such clarity. Instead, it promotes a right to safeguards in the context of restorative justice. However, according to traditional drafting rules, the wording of a legal provision has priority over the heading which normally does not have immediate normative validity; it rather has the character of an unofficial label, or tag. Hence, despite the textual variety of the headings of the directive's articles, the wording of the provisions is pivotal for determining the legal content of a provision. We can find an identical wording as the one in article 12 para. 1 in several further provisions, namely in article 8 para. 1 which regulates free access to victim support services or in article 13 which deals with access to legal aid: They all have the same wording, providing that it shall be ensured that “victims have access” to the services referred to in these provisions. Nobody would raise any

⁵³ For detailed analysis on the initiation of restorative justice, see LAXMINARAYAN 2014.

⁵⁴ Art. 12 para. 1.2.

doubt that such a formulation is meant to give victims a formal right to access to such services. Why should this be different in the case of restorative justice services? This would be an apparent systematic inconsistency. Nevertheless, the European Commission advocates such a reading in its guidance document to the directive⁵⁵. While the document remains silent to the question of the legal nature of the provision, it affirms that member states are not obliged to introduce and provide any restorative services. Formally speaking, this is correct. At the same time, the document is spreading a dubious message as it makes reference to outdated case law of the European Court of Justice which relates to the interpretation of article 10 of the former framework decision of 2001 which had a different content and a different wording. However, the suggested interconnection between the two different legal acts does not exist, since there is no continuity of the two, neither formally nor with regard to the substance of the regulations.

Admittedly, states do indeed have political discretion to decide whether and in which cases restorative justice can be an appropriate procedure⁵⁶. Its introduction is not a mandatory requirement under the directive. But once such services are admitted and *prima facie* available in a country, delivery has to be regulated in accordance with the directive and its purposes. In its evaluation report, the European Parliamentary Research Service clearly emphasizes that article 12 requires that in countries with restorative justice «these [services] are to be provided in parallel with or after criminal proceedings take place»⁵⁷.

The core substance of the provisions referred to above becomes even more evident when read together in a comprehensive interpretation. In such an integrated view, article 4, which stipulates the right of

⁵⁵ DG Justice, Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU, Ref. Ares(2013)3763804 of 19.12.2013, 32 et seq.; http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/victims/guidance_victims_rights_directive_en.pdf [November 2017].

⁵⁶ Art. 12 para. 1.1: “[...] when providing any restorative justice services”.

⁵⁷ European Parliamentary Research Service (EPRS) – Ex-Post Evaluation Unit, The Victims’ Rights Directive 2012/29/EU – European Implementation Assessment, PE 611.022 – December 2017, 56; [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS_STU\(2017\)611022_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS_STU(2017)611022_EN.pdf) [November 2017].

information about available restorative justice services is the starting point, followed by an (informed) decision whether or not to opt for such a procedure which, in case of a positive decision, requires, as a further complementary element, access to safe and competent restorative services (article 12.1). Why should victims be formally entitled to receive information about ‘available services’ in their vicinity when their wish to take advantage of such a service could be neglected or even denied? Such an understanding would simply make no sense and contradict the general concept and purpose of the directive. From a systematic point of view, article 4 indicates a logical inter-connection between the delivery of information and the possibility to make use of such information by stipulating that the various kinds information specified in this article are to be offered to the victims «in order to enable them to access the rights set out in this Directive»⁵⁸. Access requires both availability and accessibility. Considering the individualized, rights-based general concept of the directive, access to restorative justice, as access to any other victim services addressed in the directive, should be regulated on the basis of a rights-based approach as well. There is of course interpretative space as to the concrete legal form of such a right. Depending on the legal traditions of a given jurisdiction, such a right must not necessarily take the shape of an explicit entitlement that can be claimed for by means of a judicial remedy; other solutions such as an institutional guarantee, or a possibility to apply for, or request, a referral, may be adequate as well. In conclusion, in light of the concrete wording one can understand article 12 para. 1 as an ‘amplified’ right to access to (high) quality restorative justice.

Unfortunately, there is a further weak point in the directive that illustrates the EU’s (mis-)understanding of the concept of restorative justice which, to a certain extent, reflects the lack of a uniform understanding amongst the member states⁵⁹. Article 12 para. 2 makes reference, at least implicitly, to the referral model according to which restorative justice can be initiated solely by means of a case referral by a judicial authority. This illustrates the widespread, but incorrect, understanding

⁵⁸ Art. 4 para. 1.

⁵⁹ MIERS & AERTSEN 2012, 536.

of restorative justice as a criminal procedural instrument⁶⁰. It seems that this understanding is one of the reasons why even experienced and renowned advocates of restorative justice, namely Ivo Aertsen or Katrien Lauwaert⁶¹, also rejected the idea of a genuine right to access in their legal analyses of article 12. The point of orientation of any such legal opinion is the criminal procedure, be it at the investigation, prosecution, trial or post-trial phase. In such a perspective, restorative justice is an offender-related instrument mainly. From a victimological point of view, however, the restorative procedure and the victims' interests in restoration have to be the focal points. Restorative justice is a fully independent procedure conducted outside the criminal justice system. The interests of the criminal justice agents and their procedural routines cannot be the predominant denominators for the interpretation of victims' rights in relation to restorative justice. Systematically speaking, victims' rights are genuine, self-owned rights, granted by the legal order by virtue of their status as a victim, and independent of the criminal-procedural situation of a given case.

Thus, it could hardly be justified why the chance of an individual victim to take advantage of the benefits of restorative justice should, first and foremost, depend on the decision of a criminal justice agent whether or not to refer a case, as is currently the status quo in many countries⁶². These referrals are mainly dependent on offender-related criteria – i.e., criteria which are (more or less) irrelevant from the perspective of the victims concerned⁶³. It is rather irritating that such a concept, which perpetuates the passive victim role, has been made part of a legal instrument that aims to enhance the rights of the victims. Offender-related aspects should not have any influence on the possibility to initiate a restorative justice procedure. Following such an approach, the prosecutorial or judicial decisions have, or should have, a different focus: probable benefits for an offender – diversion, sentence mitiga-

⁶⁰ See also APAV's IVOR report 2016, 137 et seq., which has an exclusive focus on this concept, too.

⁶¹ AERTSEN 2017; LAUWAERT 2013.

⁶² For more details on these gatekeeping agents of restorative justice, see MIERS & AERTSEN 2012, 523 et seq.

⁶³ See, for similar conclusions, also VARONA 2014, 554 et seq.

tion, probation, etc.⁶⁴. Such subsequent penal consequences are not an issue of the restorative procedure itself and, notably, not a direct or indirect aim of it. After all, access to restorative justice must include a possibility of the victim to initiate such a procedure *ipso iure*. Without such an option for an active choice, the victim's decision whether or not to go for a restorative procedure would be only a passive, derivative one which is dependent on prior decision by other actors: police, prosecutors, magistrates, and, in many jurisdictions⁶⁵, also offenders. Such a concept is a far cry from a self-determined, active choice. Active choice can only be fostered through a genuine right to access⁶⁶.

5. Outlook: Restorative Justice in Europe – From Factual Heteronomy to a Right-Based Approach

In order to establish a genuine right of victims to access restorative justice, rules and procedures must be designed from the perspective of the parties involved in the conflict. This implies that the victim who feels a need for facilitated restoration and/or conflict resolution must have the right to, and the possibility of, self-determined access. Jan van Dijk rightly emphasized that this is a core element of a victim-friendly regulation of restorative justice⁶⁷.

What exactly does access mean? Effective, realizable access is dependent of a variety of circumstances that can be divided into three main categories:

⁶⁴ Most national systems provide for a variety of provisions which seek to provide incentives, or at least give prospect for some procedural or punitive advantage, to offenders who participate in mediation or other restorative settings.

⁶⁵ This latter variant applies in all countries in which the invitation letter is filed by the facilitator/mediator to the offender party first. Such a practice only grants the victim a subordinate saying in a limited number of cases, pre-selected first by the judicial referral agent and second by the offender's interest and willingness to participate in the restorative procedure. For more details, see MIERS & AERTSEN 2012.

⁶⁶ For more details, see LAXMINARAYAN 2014.

⁶⁷ VAN DIJK 2013, 428.

- (1) access requires availability,
- (2) access to available services requires accessibility, and
- (3) access and accessibility require autonomy.

5.1. Availability

First of all, access is only possible when adequate services are available. Despite the fact that member states under the current EU directive have discretion as to whether and in which cases restorative justice shall be applicable, victims must have a realistic chance to access such a service when it has been introduced.

Availability includes, as a starting point, a structural precondition: institutions should exist (in a sufficient number) to offer specified professional services to the victim. Second, adequate procedural rules should be implemented to regulate the initiation, operation and termination of the restorative process, and the potential continuation or closure of the related judicial case. Finally, there is a third, personal aspect: the service has to be adjusted to the needs of the target groups that is, in our context, the victim. A system that is designed in a way according to which particular groups of victims are systematically excluded as potential clients is not appropriate. With regard to this aspect, any system that statutorily bars certain cases, or categories of cases (such as, e.g., acts of domestic violence or crimes above a specific grade of seriousness or sentencing range, or all felonies) is deficient. The same is true in regard to abstract offender-related criteria. It cannot be viewed just a matter of bad luck for the victim when the victimizer has prior records whereas a victim who was beaten by a first time offender would have a much better chance to restoration. Moreover, a jurisdiction that only allows restorative justice in youth cases is also guilty of providing an arbitrary division between a victim with a 17-year-old victimizer and another one whose offender is 18 already. The fact alone that all such case characteristics belong to a sphere beyond the victim's responsibility and control can perpetuate the feeling of being exposed to an uncontrollable situation and bear a risk of secondary victimization (that can be as harmful as the victimization itself). This aspect alone is sufficient

to warrant an all-crime approach to restorative justice, as promoted by the Council of Europe.

A special question connected to the issue of availability relates to the point whether restorative justice should be free of charge for the parties. Under the EU directive, only some specified victim services have to be provided free of charge, including interpretation and translation, and victim support. However, practice has shown that in many European countries mediation and other restorative justice services are provided for free. This is particularly true in countries where restorative justice is delivered by NGOs as part of their community-related, social work which is often, directly or indirectly, subsidized by the state. Only a few countries, such as Austria, charge the offender with a flat fee⁶⁸. From a criminal policy perspective, it is widely acknowledged that access to legal services does not, per se, require that the services be made available for free.

5.2. *Accessibility*

Access further requires accessibility of the service. As explained earlier, this includes the possibility for choice. On the one hand, this follows from the general position of the victim as a subject of the proceedings. On the other hand, this is a direct consequence of the principle of voluntariness of restorative justice. However, voluntariness can have different shapes: active or passive. In most of today's practices, voluntary participation of the victim in restorative justice is based on a decision that follows an invitation by the facilitator or mediator. In such a system, the choice is a limited one. In contrast to that, a truly self-determined understanding of voluntariness would include the possibility for an active choice. Therefore, victims must have the possibility to demand, or apply for, the initiation of a restorative procedure. Any system in which a restorative case can be started exclusively on the basis of an ex officio referral is not sufficient. Active choice needs to allow for the victim to take initiative. Several models are possible: referrals by a criminal justice agency or other competent authority upon an ap-

⁶⁸ For Austria, see, e.g., HILF 2012, GOMBOTS & PELIKAN 2015.

plication, request or motion by the victim; there also exist true self-referral systems that allow victims make their request to the restorative justice service of their choice. Such a model is, incidentally, also a tool to bypass reluctance in the prosecutorial and judicial referral practice; it gives victims access even when the officials in charge of their case refuse a referral *ex officio*. Accessibility upon self-referral by the parties does not contradict the autonomy of the service providers: discretion to decide whether a case meets the professional criteria of restorability according to their individual standards and procedure rules remains untouched. Most importantly, their decision is fully independent of law enforcement aspects.

5.3. *Autonomy*

Last but not least, access and accessibility require autonomy of action that goes beyond the an abstract possibility to enter a process that is pre-defined by criminal procedural parameters. Besides the principal choice of participation (active and passive), the victim's autonomy comprises of further components, in particular the timing and the content of reparation; in addition to these points, Grazia Mannozi puts further emphasis on the location of the restorative setting as a third decisive element of an autonomous restorative justice model⁶⁹.

In practice, leeway for the latter point is of course limited due to organizational circumstances. But in principle, the possible format of the restorative setting is flexible, and facilitators have space to find a creative solution in cases in which the parties have a particular preference for a meeting place outside the premises of the restorative justice center. One impressive example was reported from the German pilot project on restorative justice in prison⁷⁰. In this case, the victim, an owner of a jewelry store struck by an armed robbery, had requested to have the restorative meeting with his offenders in the store, i.e., at the former scene of the crime. In fact, such a setting could be realized with support of the prison administration who granted a temporary leave for the du-

⁶⁹ MANNOZZI 2017, 151.

⁷⁰ See the introductory section.

ration of the mediation meeting. The victim reported that he re-gained confidence and safety by meeting at the described location⁷¹.

The ‘jeweler’s case’ touches a further aspect, that is, autonomy of the parties about the contents of the restorative exercise. It should be up to those affected to decide about the subject of the restorative process and its outcome. For a long time, financial reparation or compensation was of primary interest. In some countries, legal or administrative rules exist which define minimum amounts of restorative payments, sometimes even supplemented by case law providing detailed sums that are to be acknowledged as sufficient or insufficient⁷². Practice in Germany has further shown that prosecutors sometimes draw up, in their referral order, a certain expected outcome⁷³. In the ‘jeweler’s case’, the victim had no financial interests at all. In serious and very serious cases, in particular, victims are primarily interested in non-material achievements or an apology⁷⁴. The individual substance of the restorative outcome in the ‘jeweler’s case’ was typical of a non-material outcome: the two offenders should give a written promise to successfully complete an apprenticeship in prison. Mannozi once identified this autonomy from the legally predefined rules – no matter if tort, punitive damage or guideline sentencing tariff models – as the most revolutionary aspect of restorative justice⁷⁵. The autonomy of the restorative outcome can only be guaranteed if access is possible independent of ex-officio referral procedures which tend to anticipate eligibility of a case for restorative justice on the basis of an ex-ante determined outcome. This further underlines the advantage of, and need for, a rights-based access model. As pointed out earlier, autonomy of restorative justice also means that there is no immediate nexus to the criminal procedure. The potential penal advantage for the offender who participated in a restorative pro-

⁷¹ For more details, see KILCHLING 2017, 182 et seq. (interview F 13). Excerpts of the interview are also part of an online documentary at www.youtube.com/watch?v=BEgOpzluTGA&feature=youtu.be [November 2018; interview transcript and video available in German language only].

⁷² For more details, see, e.g., MIERS & AERTSEN 2012, DÜNKEL ET AL. 2015.

⁷³ KILCHLING 2000.

⁷⁴ See above, section 2.

⁷⁵ MANNOZZI 2017, 152.

cedure is a separate matter. In addition, it should be taken into consideration that acceptance of restorative justice would be weaker if the legal consequence for those participating were fixed from the outset as it may feed the suspicion of the unfaithful, calculating offender.

A final component of autonomy that will require more attention in the future is autonomy of the time-scale for restorative intervention⁷⁶. As a consequence of the growing number of serious cases brought to restorative justice, timing must be customized to the situational and therapeutic needs of those affected. In the past, when the restorative caseload was dominated by minor and bagatelle cases, which were settled by diversionary measures during the pre-trial phase of prosecution, time aspects were of minor importance. With the extension of the spectrum to cases in which such low intense measures are not possible, the path to restorative justice will turn into a long-term option. In the aftermath of serious victimization, it will often require a considerable period of time before a victim may be prepared for restoration. As shown earlier, interest in restorative justice by the victim may take years to materialize and will depend on the concrete circumstances of the crime and the individual's coping abilities. This means that an offender will often be in prison. Even in such a case, the victim should still have access to restorative justice. Such an option can be geared towards a newly initiated restorative procedure, or it can be in reaction to a prior initiative by the offender that was previously deferred, or rejected by the victim. This is why the Council of Europe promotes both restorative justice in all crimes and restorative justice at any stage.

Such a long-term accessibility model raises a couple of organizational questions that have not been discussed and answered yet. These include issues such as the local responsibility of a certain restorative justice service, the coverage of costs for such post-judicial services, and further important procedural questions such as, for example, rules as to whether and when an earlier restorative initiative, once failed or explicitly rejected by one of the parties at an earlier stage, should block future initiatives. In principle, admittance of multiple initiatives might also be conceivable. So far, none of the existing European regulations have

⁷⁶ See also MANNOZZI 2017, 152.

addressed these issues, nor do they offer concrete solutions. This leaves space for experiment and the development of best practices at the national level.

5.4. *A Concrete Example: The Concept of Restorative Justice in Germany*

Germany has introduced mediation as the archetypal restorative justice model. The legal framework provides several options for self-determined access that include many of the aspects outlined earlier in this article. Before concluding, some of the principles of the Germany system shall now be explained⁷⁷, including its strengths and weaknesses.

German-speaking jurisdictions have to deal with a particular linguistic handicap arising from the fact that the genuine term of restorative justice does not exist and does not have an adequate equivalent in the German language that would reflect its multiple dimensions. Instead, technical terms such as victim-offender mediation (Germany) or (out-of-court) offence resolution (Austria) are in use as insufficient equivalents. This is fundamentally different in the roman languages, e.g. in Italy – *giustizia riparativa* –, Spain – *justicia restaurativa* –, or France – *justice restaurative* –, but also in Flemish and Dutch – *herstelrecht*. It is impossible to find a term that would express the various dimensions of the English term of ‘justice’, namely, the moral-philosophical meaning of justice (as ‘just-ness’), and the functional-procedural one. Ironically, even the translation of the term restorative justice in the German version of the EU Directive 2012 is flagrantly incorrect⁷⁸. However, this opalescent meaning of the original term points to the mere essence of restorative justice, particularly when the perspective of the victims concerned. The German terminology, sometimes derided as a “Teutonic

⁷⁷ For more details, see KILCHLING 2012, KILCHLING & PARLATO 2015, DÜNKEL & PAROSANU 2015.

⁷⁸ The term restorative justice services was translated into “compensation services” – a lapse which indicates either a lack of understanding of restorative justice or, at least, lack of knowledge of its basic terminology.

monster phrase”⁷⁹, is certainly not a good incentive to increase the popularity of the approach. Moreover, the unfortunate semantic shift that has moved the victim from the original prime position – *victim-offender* mediation – to the second – *offender-victim* mediation⁸⁰ – can certainly be seen as one of the explanations for the dominant current misinterpretation of restorative justice as an allegedly offender-friendly soft approach.

Despite these and many other practical shortcomings, Germany has one of the broadest statutory fundaments for restorative justice in Europe. What started with a couple of local pilot projects with juvenile offenders is now firmly anchored in the country's criminal and criminal procedural codes. Today, victim-offender mediation is an established instrument in all areas of prosecution.

One key characteristic of restorative justice under German law is its universal applicability. Neither case-related nor offender-related restrictions apply. There are also no procedural limits. Accordingly, a restorative procedure can be initiated at any stage of proceedings: before, during, or after the trial. Procedures for restorative efforts in prison have also been made available in some of the federal states⁸¹. A further characteristic of the German system is open access. Initiation of a restorative procedure is not limited to cases referred ex-officio. Offenders and victims can refer to a local mediation service and request a restorative process. In some regions and some major cities, multiple organizations offer their services in competition with one another or with a focus on specific clientele⁸². A permanent option for a victim-initiated self-referral also exists. Autonomy arising from the possibility of self-referral is strongest in juvenile cases. In all cases that qualify for a diversionary solution, the public prosecutor must terminate the proceedings and close the case without any further penal intervention after a

⁷⁹ See Delattre's preface in TOA-Servicebüro 2013, 4.

⁸⁰ *Täter-Opfer-Ausgleich*.

⁸¹ For concrete examples and literature sources, see LUMMER ET AL. 2015, KILCHLING 2017.

⁸² Juveniles, woman or men, refugees, cases with domestic violence or discriminatory background, etc.

successfully completed victim-offender mediation⁸³. This also applies in cases in which the prosecutor has denied restorability and refused to make a referral. Therefore, the choice of the parties (including the parents of the juvenile offender) has priority over the prior prosecutorial assessment. This right to self-initiated access to restorative justice applies also for the victims. In practice, however, the demand is still very low. This can be explained by a lack of awareness. Most victims just do not know about their possibilities. Unfortunately, article 4 of the EU directive has yet to be properly implemented. The related new paragraph solely provides that victims shall be informed about the prosecutorial options of referral; it remains completely silent about the right to access through self-referral⁸⁴.

The autonomy of access of the parties is complemented by the wide discretion of the criminal justice agencies when it comes to the legal consequences of restorative efforts of the offender⁸⁵. Prosecutors and judges can dismiss cases at any time upon the condition of participation in victim-offender mediation⁸⁶. In the case of serious crimes, restoration or serious efforts to compensate the victim constitute a mitigating circumstance that can reduce punishment to a significant extent⁸⁷. In addition, such efforts can be taken into account during decisions about probation or parole⁸⁸. In youth cases, restoration can also be imposed as a formal penalty⁸⁹. Most progressive, however, are the mitigating rules: the criminal code provides standardized rules for sentencing in cases of successful or attempted restoration, which are unique in Europe. This

⁸³ § 45 para. 2 of the German Juvenile Justice Act; legally speaking, participation in a restorative setting is considered by the law as a sufficient educational measure that eliminates the need for further punishment *ex post*. For more details, see KILCHLING 2005.

⁸⁴ § 406i para. 1.5 & § 155a of the German Criminal Procedure Act.

⁸⁵ For more details, see KILCHLING 2012, 160 et seq., DÜNKEL & PAROSANU 2015, 299 et seq.

⁸⁶ § 153a para. 1.5 of the German Criminal Procedure Act, § 45 & § 47 of the German Juvenile Justice Act.

⁸⁷ § 46 & § 46a of the German Criminal Code.

⁸⁸ § 56 & § 57 of the German Criminal Code.

⁸⁹ § 10 para. 1.7 of the German Juvenile Justice Act.

system is based on a modification of the statutory penalties⁹⁰. In all cases in which a sentence of no more than one year of imprisonment would apply, the actual sentence can be reduced to zero. In all other cases, a statutory life sentence is replaced by a minimum penalty of three years; the regular 5 or 10 years minimum is replaced by a two-years minimum, and so on⁹¹. With these regulations, the German legislature has established significant incentives for offenders to engage in restorative justice. One negative collateral consequence of this enormous discretionary space for the reduction of punishment is that the higher courts have developed rather strict, sometimes unrealistically demanding principles contents and extent of restoration⁹²; this case law has the potential to counteract the envisaged incentive for offenders.

6. Conclusion

The comparison of the various regulations on restorative justice in Europe has shown that the EU directive is rather inconsistent when looking at the provisions on restorative justice. It seems as if its actual regulations are the result of a political compromise between promoters of restorative justice and opposing hardliners. On the one hand, the scientific evidence of the added value for the victims has been recognized, but on the other hand, measures for an extended application of restorative practices in the member states are promoted in a very restrained way⁹³.

We have argued that restorative should be provided as a widely available service, as promoted by the Council of Europe. In addition,

⁹⁰ § 46a of the German Criminal Code.

⁹¹ With a 6 months minimum replacing the 2 or 3 years minimum and a 3 months minimum replacing the 1 year minimum; in addition, a general reduction of the regular statutory maximum penalties of three-quarters applies for all penalties (prison sentences and fines). These and further reduction rules are provided in § 49 of the German Criminal Code.

⁹² For more details, see SCHÖCH 2011.

⁹³ EU guidance document (see above, footnote 55), 33: "Member states are invited to consider" (sic!) broader implementation.

the general concept should be adjusted, transforming it from a passive into a rights-based instrument which allows for pro-active, self-determined initiation of restoration, independent of ex-official referral. Such a system would be in the best interest of the victims. We have shown that the EU directive leaves space for the promotion of such a victims' right to access restorative justice⁹⁴.

This is why the European Forum for Restorative Justice is promoting this concept with a clear political statement: every person in Europe should have the right of access to restorative justice services, at any time and in any case⁹⁵.

7. References

- Aertsen, I. (2017): Recalibrating victimhood through restorative justice: perspectives from Europe. In *Restorative Justice: An International Journal* 5, 352-367.
- APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (2016): IVOR Report: Implementing Victim-Oriented Reform of the criminal justice system in the European, Lisbon; www.apav.pt/ivor/images/ivor/PDFs/IVOR-Repot-WebVersion.pdf [November 2017].
- Barabás, T., Fellegi, B. & Windt, S. (eds.) (2012): Responsibility-Taking, Relationship-Building and Restoration in Prisons. Mediation and Restorative Justice in Prison Settings. Budapest.
- Barona Vilar, S. (2015): Mediation post sententiam bei terroristischen Straftaten. In *Von der restorative justice zur reconstructive justice*, ZStW 127, 767-787.
- Bertagna, G., Ceretti, A. & Mazzucato, C. (2015): Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto. Milan.

⁹⁴ In its commentary to the new Council of Europe Recommendation the CDPC also emphasized that "victims and offenders should, ideally, have the right to access restorative justice"; European Committee on Crime Problems (CDPC), Commentary to Recommendation CM/Rec(2018)8, CM(2018)115-add2 of 20.08.2018, 7; <https://rm.coe.int/commentary-to-recommendation-cm-rec-2018-8-concerning-restorative-just/16808e3b0b> [November 2018].

⁹⁵ See the EFRJ's website at www.euforumrj.org [November 2018].

- Buntinx, K.* (2015): Belgium: A Murder Case. In: Lummer R., Hagemann & S. Reis O. (eds.), *Restorative Justice at post-sentencing level in Europe*, Kiel, 106-108.
- Dünkel, F., Grzywa-Holten, J. & Horsfield P.* (eds.) (2015): *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stocktaking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European Countries*. Mönchengladbach.
- Dünkel, F. & Parosanu, A.* (2015): Germany. In: Dünkel F., Grzywa-Holten J. & Horsfield P. (eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stocktaking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European Countries*, Mönchengladbach, 293-329.
- Emerson, G.* (2015): Restoring the balance: An overview of victim-initiated restorative justice in Thames Valley. In *Newsletter of the European Forum for Restorative Justice* 2015/3, 4-7.
- Erez, E., Kilchling, M., & Wemmers, J.-A.* (2011): Therapeutic Jurisprudence and Victim Participation in Justice: An Introduction. In: Erez E., Kilchling M. & Wemmers J.-A. (eds.), *Therapeutic Jurisprudence and Victim Participation in Justice*, Durham, ix-xix.
- Gombots, P. & Pelikan, C.* (2015): Austria. In: Dünkel F., Grzywa-Holten J. & Horsfield P. (eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stocktaking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European Countries*, Mönchengladbach, 13-43.
- Groenhuijsen, M.* (2014): The development of international policy in relation to victims of crime. In *International Review of Victimology* 20, 31-48.
- Hartmann, A., Haas, M., Eikens, A. & Kerner, H.-J.* (2014): Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für die Jahrgänge 2011 und 2012. Reihe 'recht' des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. Mönchengladbach.
- Hilf, M.* (2012): Restorative Justice Developments in Austria. In: Miers D. & Aertsen I. (eds.), *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provision in European Countries*, Frankfurt/M., 29-59.

- Johnstone, J.* (2017): Restorative justice for victims: inherent limits? In *Restorative Justice: An International Journal* 7, 382-395.
- Kilchling, M.* (1995): Opferinteressen und Strafverfolgung. Freiburg i.Br.
- Kilchling, M.* (2000): TOA-E versus ATA-E – empirische Befunde zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs. In: Jehle J.M. (ed.), Täterbehandlung und neue Sanktionsformen. Kriminalpolitische Konzepte in Europa, Neue Kriminologische Schriftenreihe Vol. 106, Mönchengladbach, 295-321.
- Kilchling, M.* (2005): Victim-Offender Mediation with Juvenile Offenders in Germany. In: Mestitz A. & Ghetti S. (eds.), Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe, Dordrecht, 229-258.
- Kilchling, M.* (2012): Restorative Justice Developments in Germany. In: Miers D. & Aertsen I. (eds.), Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provision in European Countries. Frankfurt/M., 158-209.
- Kilchling, M.* (2014): Entwicklungsperspektiven für den Täter-Opfer-Ausgleich nach der neuen EU-Opferrechtsrichtlinie: Recht auf TOA? In *TOA-Magazin* 2/2014, 36-39.
- Kilchling, M. & Parlato, L.* (2015): Nuove prospettive per la Restorative Justice in seguito alla Direttiva sulla vittima: verso un “diritto alla mediazione”? Germania e Italia a confronto. In *Cassazione penale* 11/2015, 4188-4200.
- Kilchling, M.* (2017): Täter-Opfer-Ausgleich im Strafvollzug. Wissenschaftliche Begleitung des Modellprojekts “Täter-Opfer-Ausgleich im baden-württembergischen Justizvollzug,„ Berlin.
- Kilchling, M. & Löschnig-Gspandl, M.* (2000): Legal and Practical Perspectives on Victim/Offender Mediation in Austria and Germany. In *International Review of Victimology* 7, 305-332.
- Lauwaert, K.* (2013): Restorative Justice in the 2012 EU Victims Directive: a right to quality service, but no right to equal access for victims of crime. In *Restorative Justice: An International Journal* 3, 414-425.
- Laxminarayan, M.* (2014): Accessibility and Initiation of Restorative Justice. The European Forum for Restorative Justice, Leuven;

- www.euforumrj.org/assets/upload/Accessibility_and_Initiation_of_RJ_website.pdf [November 2018].
- Löschnig-Gspandl, M. & Kilchling, M. (1997): Victim/Offender Mediation and Victim Compensation in Austria and Germany – Stocktaking and Perspectives for Future Research. In *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 5, 58-78.
- Löschnig-Gspandl, M. (2004): Das Recht des Opfers auf Wiedergutmachung. In: Dearing A. & Löschnig-Gspandl M. (eds.), *Opferrechte in Österreich*, VOR Vol. 1, Innsbruck/Wien/München/Bozen, 157-179.
- Lummer, R., Hagemann, O. & Reis, S. (eds.) (2015): *Restorative Justice at post-sentencing level in Europe*. Kiel.
- Mannozi, G. (2017): Towards a ‘humanism of justice’ through restorative justice: a dialogue with history. In *Restorative Justice: An International Journal* 5, 145-157.
- McCarney, W. (2002): Restorative Justice: International Approaches. In *ERA-Forum* 2002/1, 2-13.
- Miers, D. & Aertsen, I. (eds.) (2012): *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provision in European Countries*. Frankfurt/M.
- Miers, D. & Aertsen, I. (2012): Restorative justice: a comparative analysis of legislative provision in Europe. In: Miers D. & Aertsen I. (eds.): *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provision in European Countries*, Frankfurt/M., 511-548.
- Schöch, H. (2011): Die “unterbelichtete” Schadenswiedergutmachung gemäß § 46a StGB. In: Bernsmann K. & Fischer T. (eds.), *Festschrift für R. Rissing-Van Saan*, Berlin/New York, 639-655.
- Servicebüro für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung (2013): *Restorative Justice – Der Versuch, das Unübersetzbare in Worte zu fassen*. DBH-Materialien No. 71, Köln.
- Shapland, J., Robinson, G. & Sorsby, A. (2011): *Restorative Justice in Practice: Evaluating what works for victims and offenders*. Abington.
- Sherman, L. & Strang, H. (2007): *Restorative Justice. The Evidence*. London.
- Strang, H. (2002): *Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice*. Oxford.

- Van Camp, T. & Wemmers, J.-A.* (2011): La justice réparatrice et les crimes graves. In *Criminologie* 44, 171-198.
- Van Camp, T.* (2014): Victims of Violence and Restorative Practices. London/New York.
- Van Garsse, L.* (2015): Restorative Justice in Prisons, *Ljetopis socijalnog rada* 22/1 (Lipanj/Juni 2015), 15-35; http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=206522 [November 2017].
- Van Dijk, J.J.M.* (2013): Victim-centered restorative justice. In *Restorative Justice: An International Journal* 3, 426-429.
- Vanfraechem, I., Aertsen, I. & Willemsens, J.* (eds.) (2010): *Restorative Justice Realities: Research in a European Context*. The Hague.
- Vanfraechem, I., Bolívar, D. & Aertsen, I.* (eds.) (2015): *Victims and Restorative Justice*. London/New York.
- Varona, G.* (2014): Who Sets the Limits in Restorative Justice and Why? Comparative Implications Learnt from Restorative Encounters with Terrorism Victims in the Basque Country. In *Oñati Socio-Legal Series* 4, 550-572.
- Wager, N.M. & Wager, A.R.* (2015): Victims Perspective: Victim Perspectives on Post-Sentencing Restorative Justice in cases of Serious Crimes. In: Lummer R., Hagemann O. & Reis S. (eds.), *Restorative Justice at post-sentencing level in Europe*, Kiel, 35-45.

SIGNIFICATO E UTILITÀ DEI PERCORSI DI GIUSTIZIA RIPARATIVA PER L'AUTORE DI REATO

Bruno Bertelli

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Orientamenti di fondo e modalità applicative varie della *Restorative Justice*. 3. Significati e percorsi riparativi per l'autore di reato. 4. La *Restorative Justice* come valore aggiunto nel quadro del sistema penale. 5. Rilevi di sintesi.

1. Premessa

In questo mio contributo cerco di focalizzare l'attenzione su due aspetti che considero di particolare rilevanza nella logica della giustizia riparativa: i significati che tale giustizia può assumere per l'autore del reato e l'utilità che ne può derivare ai fini di una riduzione della recidiva e quindi di una maggior sicurezza sociale.

La giustizia riparativa (*Restorative Justice*)¹ è una forma di giustizia mossa dalla preoccupazione di produrre, con le azioni e decisioni che da essa derivano, dei cambiamenti orientati a riappacificare la relazionalità sociale, colpita, a volte sconvolta e disorientata, dai fatti-reato e dai danni materiali e morali conseguenti. È una forma di giustizia che mette in primo piano la vittima, o meglio la sua sofferenza, la sua espressione, il suo riconoscimento e il suo bisogno di risarcimento; per raggiungere questo obiettivo deve “mettere in gioco” l'autore del reato, il suo ripensamento, la sua capacità di ravvedersi, di scoprire dimensioni empatiche, di ripensare al valore delle norme morali e sociali. È una forma di giustizia dialogica che coinvolge autore e vittima *in primis* ma che richiede di dare attenzione a tutta l'area delle relazioni significative

¹ I due termini vengono usati in modo intercambiabile. In altri momenti è usato anche il termine di “giustizia dialogica” per fare riferimento soprattutto a metodi e pratiche di mediazione penale diretta.

che concernono l'ambiente di vita comunitaria (famiglia, vicinato, associazioni, servizi, istituzioni).

La *Restorative Justice* apre, dunque, la strada a nuovi significati intorno al conflitto penalmente rilevante e anche al modo d'intendere il riscatto morale e sociale dell'autore del reato. Possibilità e percorsi nuovi di affrontare e risolvere conflitti che hanno prodotto danni a persone e alla comunità/società in generale vanno, nell'ottica della Giustizia riparativa, verso chiari obiettivi di responsabilizzazione (concreta e fattiva) dell'autore di reato verso la vittima e verso la comunità/società².

Questo è il primo aspetto che si tenterà di ampliare ulteriormente nei prossimi paragrafi. Il secondo aspetto, che potrebbe apparire più strumentale, è l'utilità che i percorsi di Giustizia riparativa possono assumere nell'ottica complessiva del sistema giudiziario e penale. Un sistema che è chiamato a garantire la cogenza del diritto e, nello stesso tempo, la rieducazione del condannato, vale a dire che è atteso a fornire sicurezza alla convivenza civile e, nel medesimo tempo, a riabilitare socialmente chi ha infranto la legge affinché non ricada più nella stessa dinamica di devianza. La Giustizia riparativa, aprendo prospettive sul versante dell'umanizzazione, ossia dell'incontro e della trasformazione, può aiutare l'intero sistema della Giustizia a non rimanere chiuso nell'angusta logica di una giusta retribuzione e di una mera sicurezza intimata che, in quanto tali, non hanno in sé la visione prospettica del futuro né per il reo, né per la vittima, né per la società.

2. Orientamenti di fondo e modalità applicative varie della Restorative Justice

Il ragionamento di fondo che contraddistingue il modo di operare della Giustizia riparativa si fonda su tre postulati di base:

A. il crimine, in quanto tale, produce un danno sociale (criterio di fondo per definire cosa è reato nello Stato di diritto) e tale danno si confi-

² L. WALGRAVE, *Restorative Justice. Self-Interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, 2008.

gura, in modo diretto o indiretto, in uno «strappo nelle relazioni con le persone e/o la società»;

- B. lo “strappo relazionale”, conseguente al reato, crea obblighi in capo all’offensore (e al suo *entourage*), ovvero richiama il concetto di responsabilità;
- C. l’obbligo principale per l’autore del reato è quello di porre rimedio allo strappo, e alle sue conseguenze sulle persone e sulle istituzioni, in termini di riparazione.

Danno, responsabilità e riparazione sono i tre criteri che connotano la forma di giustizia che chiamiamo *Restorative Justice*³.

Di fatto essa si presenta, sul piano empirico e nel panorama dei sistemi di giustizia penale dei Paesi democratici, in una serie innumerevole di modalità applicative, tutte accomunate da almeno due di questi elementi caratterizzanti:

- il reato è considerato principalmente in termini di danno alle persone e/o alla comunità civile;
- l’autore è invitato (obbligato) a porre rimedio alle conseguenze lesive della sua condotta;
- la ricerca delle soluzioni per far fronte all’insieme dei bisogni scaturiti dalla commissione del reato avviene preferibilmente per via dialogica (accordo, consenso);
- la soluzione concordata implica il coinvolgimento attivo della vittima, dell’autore, dei rispettivi *entourage* e della comunità civile.

Questo significa che la dimensione dialogica, che è sicuramente l’aspetto che maggiormente qualifica l’approccio riparativo, può essere eluso o reso del tutto secondario in certe modalità che pure sono fatte rientrare nell’alveo della Giustizia riparativa (es.: risarcimento economico, riparazione materiale indiretta, lavori di pubblica utilità in termini di riparazione...). Pur non trascurando le ricadute positive che possono avere sull’autore del reato modalità di responsabilizzazione focalizzate su un impegno riparativo *sic et simpliciter*, le potenzialità alte della *Restorative Justice* stanno, per l’autore/i e per la vittima/e, nella capacità di porsi in un dialogo ri-costruttivo, l’unico che può effettivamente e

³ H. ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Scottsdale, 1990.

direttamente ri-annodare relazioni rotte, dando loro senso e dimensioni nuove, con esiti, a volte, sorprendenti e inaspettati⁴.

Il quadro valoriale di fondo della *Restorative Justice* orienta verso logiche che fanno risaltare le dimensioni:

- di una giustizia egualitaria e inclusiva (non oppressiva) per tutti gli attori (vittima, autore e *stakeholders*)⁵;
- di una riabilitazione personale e sociale dell'autore del reato in luogo di una sua mera punizione⁶;
- di un ripristino di beni e di un ripristino emotivo, con restituzione di dignità, di compassione, di supporto sociale⁷;
- di esiti che si esprimono e si connotano nel rimorso, nel perdono, nelle scuse, nella riparazione⁸.

In una siffatta prospettiva si schiudono una serie di conseguenze coinvolgenti l'autore del reato, il quale è incentivato a guardare alla dimensione relazionale (non solo materiale) del danno e, in tal modo, a scoprire la natura «pluri-offensiva» del reato e dunque quali effetti negativi, diretti e indiretti, il reato abbia prodotto sulle persone. L'attivazione di procedure partecipate e inclusive (mediazione penale, *peace-making circles*, *family conference*) impegna l'autore del reato ad assumersi la responsabilità di quanto accaduto verso la vittima diretta e/o le vittime indirette e a ricercare soluzioni concordate coinvolgenti in primis lui e la vittima (le vittime) ed eventualmente altri, qualora coinvolti nel percorso riparativo e riabilitativo.

⁴ Si veda in Italia il caso della nascita dell'Associazione "Amicainoabele".

⁵ F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci ed ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010.

⁶ B. BERTELLI, *Forme di Giustizia in campo penale. Retribuzione, riabilitazione, riparazione*, in ID. (a cura di), *Devianza, forme di giustizia, prevenzione*, Trento, 2008, 81-94.

⁷ J. BRAITHWAITE, *Crime, Shame, Reintegration*, Cambridge, 1989.

⁸ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La Giustizia Riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.

3. Significati e percorsi riparativi per l'autore di reato

Di fronte a un reato commesso e denunciato scatta l'accertamento della responsabilità qualora sia possibile individuare un presunto colpevole. Il diritto e la giurisprudenza penale definiscono i modi e le forme di definizione e accertamento della responsabilità legale. Tuttavia quando il reo si confronta in un incontro di giustizia non dovrebbe essere posto di fronte ad una mera questione giuridica. L'offensore dovrebbe confrontarsi soprattutto con le questioni morali di giusto e sbagliato, nei termini delle conseguenze negative che le proprie azioni hanno avuto sugli altri⁹. Questo significa anticipare o andare oltre la responsabilità legale per affermare una responsabilità concreta a partire dal valore-bene che la norma penale tende a tutelare.

I significati che le pratiche e i percorsi di Giustizia riparativa mirano ad accreditare vanno nella direzione di sviluppare nuove (altre) dimensioni sociali e morali del reo, con l'obiettivo di innescare una sorta di «guarigione emotiva». Nell'incontro con la vittima i meccanismi di disimpegno morale (giustificazioni dell'atto deviante/reato), riscontrabili frequentemente nel modo di pensare e di esprimersi del reo, e spesso azionati per neutralizzare i vincoli normativi posti dal codice penale, possono essere «disinnescati» e completamente rovesciati (dal disimpegno all'impegno), favorendo un'assunzione di responsabilità concreta da parte del reo stesso.

Nella letteratura, ormai vasta, sui significati e sulle pratiche della *Restorative Justice* vengono evidenziati due processi che si verificano in una conferenza di giustizia riparativa (incontro-confronto autore e vittima ed eventuali altre presenze): uno di tipo più materiale e uno simbolico¹⁰. Gli esiti e le «azioni materiali» concernono accordi specifici circa il risarcimento alle vittime, il servizio alla comunità, prestazioni specifiche...; gli aspetti simbolici sono meno visibili e si sostanziano in gesti ed espressioni di cortesia, di rispetto, che a loro volta denotano sentimenti di rimorso, di vergogna, di perdono... Scuse dell'autore del

⁹ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

¹⁰ J. SHAPLAND, G. ROBINSON, A. SORSBY, *Restorative Justice in practice. Evaluating what works for victims and offenders*, London-New York, 2011.

reato e perdono della vittima sembrano manifestarsi come la vera chiave per la riconciliazione, oltre che per la soddisfazione della vittima¹¹.

Tutto lascia pensare che l'effettiva riconciliazione sia la variabile forte capace di abbassare la probabilità che il reo ricommetta lo stesso sbaglio. Raggiungere questo traguardo non è sempre possibile, rimane talora solo un obiettivo verso cui tendere. In ogni caso il focus sull'empatia del reo verso la vittima accredita la Restorative Justice come modello di riduzione del crimine. I più recenti studi evidence-based (UK, USA, Nuova Zelanda, Germania, Paesi scandinavi) tendono infatti ad evidenziare una potenzialità maggiore delle pratiche di Restorative Justice nel ridurre la recidiva fra gli autori di atti/reati contro la persona (violenza di vario tipo) rispetto ad autori di altri reati (contro il patrimonio o reati senza vittime)¹². In tal senso l'attivazione di pratiche di *Restorative Justice* si pone chiaramente in modo complementare al sistema di giustizia tradizionale, il quale, per la maggior parte dei reati di violenza, non prevede forme di *diversion* e si muove nell'alveo sanzionatorio della pena detentiva. L'incontro *face to face* tra autore e vittima, anche in un contesto di esecuzione della pena, può mettere in gioco emozioni intense che possono muovere l'animo delle parti e stimolare il cambiamento (riconoscimento, ascolto, vergogna): tanto più ci si allontana da questa forma quanto più sembrano calare i vantaggi in termini di riduzione della recidiva¹³.

Tuttavia è ampiamente dimostrato che la *Restorative Justice* è efficace nel distogliere dalla ricaduta nel reato anche i soggetti a basso rischio criminogeno (*low-risk offenders*) e, quindi, coloro che hanno usufruito di pratiche dialogiche riparative collocabili nell'area delle misure di comunità e/o direttamente in forme di *diversion*¹⁴. Le ragioni di tale

¹¹ H. STRAN, L. SHERMAN, E. MAYO-WILSON, D. WOODS, B. ARIEL, *Restorative justice conferencing using face-to-face meetings of offenders and victims: effects on offender recidivism and victim satisfaction. A systematic review*, in *Campbell Systematic Reviews*, 2013.

¹² L.W. SHERMAN, H. STRANG, *Restorative Justice: The Evidence*, London, 2007, www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf.

¹³ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La Giustizia Riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., *passim*.

¹⁴ J. BONTA, *Restorative Justice and Recidivism*, 2006 - <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/.../jstc-rcdvs-eng.pdf>.

efficacia sembrano risiedere, oltre che nella responsabilizzazione indotta dalle pratiche dialogiche riparative, nella forza congiunta di altre variabili, quali il non ingresso nei meccanismi formali della giustizia e nella maggior presenza di risorse positive di sostegno sociale¹⁵. Molti studi stanno a dimostrare che le pratiche di *Restorative Justice* sono in espansione, con esiti promettenti, specialmente nel campo minorile¹⁶. Vi è un crescente corpo di ricerche che suggerisce che gli interventi di *Restorative Justice* hanno maggior successo degli approcci tradizionali, anche perché le pratiche dialogiche riparative, a parità di esiti recidivanti con le procedure penali tradizionali, sono comunque convenienti sotto il profilo costi-benefici e incrementano forme di giustizia più partecipate, inclusive e comunitarie¹⁷.

Certamente dobbiamo capire di più circa la capacità intrinseca della *Restorative Justice* di ridurre la recidiva e in tal senso la ricerca valutativa potrà fornire un grande aiuto¹⁸. I sostenitori più convinti della *Restorative Justice* sottolineano come gli indicatori di successo delle pratiche dialogiche riparative-conciliative, più che essere rintracciati nei parametri, pur importanti e significativi, di riduzione della recidiva, devono misurarsi sui valori che il progetto ha “stimolato” nei partecipanti, ossia l'incontro, l'empatia, il ravvedimento, le scuse... e devono quindi ancorarsi ai criteri di soddisfazione della vittima, di alternativa alla carcerazione e di crescita della capacità inclusiva della comunità¹⁹.

Un aspetto importante da sottolineare, nell'economia del presente contributo, è il rapporto fra giustizia riparativa e riabilitazione sociale del reo o, rimanendo nell'ottica della Costituzione italiana (art. 27), la relazione fra pratiche riparative (più o meno dialogiche) e la finalità

¹⁵ NEW ZEALAND GOVERNMENT, *Restorative Justice: Investment Brief*, 2016, <https://www.justice.govt.nz/assets/Documents/Publications/investment-brief-restorative-justice.pdf>.

¹⁶ K.J. BERGSETH, J.A. BOUFFARD, *Examining the effectiveness of a restorative justice program for various types of juvenile offenders*, in *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, n. 57 (9), 2013, 1054-1075.

¹⁷ L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010.

¹⁸ P.H. ROBINSON, J. SHAPLAND, *Reducing Recidivism. A Task for Restorative Justice?*, in *British Journal of Criminology*, 48(3), 2008, 337-358.

¹⁹ J. BONTA, *Restorative Justice and Recidivism*, cit.

rieducativa della sanzione penale. Esistono programmi di riabilitazione (rieducazione, responsabilizzazione, (re)inserimento sociale) che incorporano la *Restorative Justice* nel senso che i principi e gli orientamenti che quest'ultima persegue aiutano il riconoscimento delle norme morali e sociali e stimolano, in termini sinergici, il cambiamento personale nell'identità, la capacità di rompere con il passato, coadiuvando il processo di accettazione, inserimento e partecipazione nella vita comunitaria che è la finalizzazione principale degli interventi riabilitativi e/o rieducativi di chi riceve una condanna per reato. Programmi di riabilitazione del reo, soprattutto se minorenne, vengono realizzati inglobando pratiche di giustizia riparativa; tali pratiche, in diversi sistemi di giustizia minorile, diventano sempre più una componente centrale, e non marginale, dell'intervento; in effetti molte misure di *probation* e di *diversion*, cosiddette di comunità, associano ai processi di responsabilizzazione del reo percorsi di riparazione, dove possibile²⁰, sempre più di tipo dialogico fra autori e vittime, sia dirette che indirette²¹.

Esistono, d'altro canto, pratiche di Giustizia riparativa che tendono a non considerare la riabilitazione o rieducazione nel senso del cambiamento nell'identità e nello stile di vita sociale, soprattutto quando si tratta di programmi per adulti. In questo caso la riparazione tende ad assumere una valenza giuridica autonoma e spesso avulsa dal perseguimento di altre o ulteriori finalità di tipo riconciliativo nel senso proprio di una rinnovata relazione fra individuo, autore di reato, vittima e/o comunità/società.

Per buona parte degli autori di reato la *Restorative Justice*, più che un'alternativa, rappresenta, oggi, un'efficace opportunità; in particolare per coloro, condannati, che hanno bisogno del trattamento e del supporto di professionisti. L'accostare la *Restorative Justice* nel quadro di misure di correzione e riabilitazione del reo che hanno mostrato di essere efficaci, quali il trattamento multidimensionale, la terapia cognitivo-

²⁰ Va sempre ricordato che fra le caratteristiche qualitative di un programma di Giustizia riparativa c'è la volontarietà delle parti e la loro partecipazione attiva. Non sempre è possibile ottenerle, per le ragioni più diverse.

²¹ K.J. BERGSETH, J.A. BOUFFARD, *Examining the effectiveness of a restorative justice program for various types of juvenile offenders*, cit.

comportamentale, la terapia familiare funzionale²², sembra rafforzare la riduzione della recidiva e ciò anche con riferimento alle pratiche dialogiche-riparative attivate in contesto carcerario²³.

Un ulteriore e importante aspetto che non va trascurato è il ruolo che può assumere la comunità in funzione di una Giustizia dialogica e inclusiva. La comunità, intesa quale ambito di vita quotidiana dove le dimensioni del controllo sociale informale, la partecipazione, il senso di appartenenza, le solidarietà corte, sono ancora aspetti caratterizzanti la vita sociale, si pone come risorsa e come catalizzatore per nuove risposte in campo preventivo, riabilitativo e riparativo. La *Restorative Justice* tende a focalizzare l'attenzione, a fini riparativi, sul valore, da riscoprire e accreditare, delle norme etiche e sociali della comunità e ciò apre il campo a un processo riparativo che copre un ampio spettro di danni. La Giustizia riparativa, in quanto giustizia egualitaria si muove nell'ottica di prendersi cura della sofferenza delle vittime, promuovere il recupero individuale del reo e cercare di ricostituire i legami sociali lesi dal reato²⁴. In tal senso il potere della Giustizia riparativa consiste nella creazione e nel rafforzamento delle comunità di cura e supporto di entrambe le parti: la vittima e l'offensore. Questo percorso, qualora si apra e sia adeguatamente sostenuto, è parte qualificante di quella prevenzione di comunità dei comportamenti devianti che persegue lo scopo della sicurezza attraverso l'inclusione sociale²⁵.

²² S. AOS, M. MILLER, E. DRAKE, *Evidence-Based Adult Corrections Programs: What Works and What Does Not*, Olympia, 2006.

²³ J. SHAPLAND, G. ROBINSON, A. SORSBY, *Restorative Justice in practice. Evaluating what works for victims and offenders*, cit., 2011.

²⁴ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La Giustizia Riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., *passim*.

²⁵ B. BERTELLI, *Crime prevention: ambiti ed evidenze da studi internazionali*, in *Sicurezza e Scienze sociali*, n. 3, 2014, 39-62.

4. *La Restorative Justice come valore aggiunto nel quadro del sistema penale*

Va preso atto delle potenzialità innovative che la Giustizia riparativa sta apportando in seno a un sistema penale che si è costruito intorno a un'idea retributiva della pena e si è caricato di intenti rieducativi verso l'autore del reato, lasciando l'idea della riparazione del tutto ancillare e priva di quella carica "trasformativa" del piano relazionale intercorso e intercorrente fra autori e vittime. Ma è proprio in una logica complementare al sistema penale tradizionale che deve essere inquadrata la *Restorative Justice*²⁶ e questo sotto diversi profili fra loro collegati: normativo, politico e contenutistico.

Sul piano normativo si parla di Giustizia riparativa e non di diritto riparativo proprio in ragione del fatto che non esiste un *corpus* di precetti propri che la caratterizzino come paradigma autonomo²⁷. Siccome la logica della Giustizia riparativa, come si è cercato di dimostrare, è di riparare relazioni e di costruirne di nuove (se possibile) essa può spaziare nell'area d'influenza del sistema penale collocandosi prima e dopo il processo di cognizione (tradizionalmente inteso) e prima, durante e dopo la pena. Essa inoltre non ha carattere e forza coercitiva poiché i percorsi dialogici riparativi e conciliativi non possono essere imposti, avvengono su base volontaria e non ammettono forzature di sorta.

Sul piano politico e della convenienza sociale va preso atto che in tutte le società e culture conosciute finora è difficile immaginare un ordine sociale dove la punizione del colpevole venga esclusa come modalità di rispondere agli illeciti seri. In molti casi di grave vittimizzazione, nessuna terapia o discussione o dialogo che si voglia è in grado di sostituire il bisogno della vittima e della comunità di sapere come viene punito il comportamento illecito, previsto dalla giustizia retributiva, nel senso del *just-desert*²⁸.

Soffermandosi sul campo applicativo delle pratiche di Giustizia riparativa, e soffermandoci soprattutto sui contenuti riparativi più auten-

²⁶ L. WALGRAVE, *Restorative Justice. Self-Interest and Responsible Citizenship*, cit.

²⁷ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La Giustizia Riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit.

²⁸ F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci ed ombre della Restorative Justice*, cit.

tici, è facile notare come dalle pratiche dialogiche (mediazione penale, *peacemaking circles*, *family conference*) rimangano esclusi una serie innumerevole di reati, in particolare tutti quelli dove restano ignoti gli autori, nonché i reati senza vittime e i reati dove le parti non condividono lo stesso sistema di valori che sottostanno alla legge (si pensi alla criminalità organizzata di stampo mafioso e a quella di stampo terroristico). Potenzialmente qualcosa di riparativo può essere sempre tentato²⁹ in ragione del fatto che, come sopra evidenziato, le pratiche dialogico-riparative possono essere attivate anche in un contesto carcerario o anche dopo la scarcerazione, ma tali interventi, pur possibili e praticati, rimangono spesso sul piano delle buone intenzioni perché difficili da accogliere e da attuare e, in ogni caso, richiedenti tempi di maturazione non sempre programmabili a priori.

La complementarietà della Giustizia riparativa nel sistema penale sta a significare che non vengono messi in discussione i canoni di fondo di un diritto che per tutelare beni fondamentali veicola risposte eseguibili coattivamente (pena come perdita di libertà), ma sta a ricordare al sistema penale che occorre andare oltre le forme di ritorsione e occorre mirare alla ricostruzione delle relazioni, a vari livelli, per affermare in ultima istanza il valore della convivenza civile entro una logica di riconoscimento reciproco e di clima inclusivo.

Foley evidenzia, in termini a mio parere convincenti, che “retribuire”, “rieducare” e “riparare” sono finalità del sistema penale che non possono essere alternative una all'altra³⁰. Esse convivono in modo complementare e possono meglio integrarsi se vanno nella direzione di limitare reciprocamente i possibili effetti perversi che ognuna recherebbe in sé qualora venisse assolutizzata. Si pensi solo al rischio della reintroduzione della pena di morte se si andasse ad accentuare la funzione retributiva della pena, o alla pena indeterminata se si risaltasse in modo esclusivo l'esigenza rieducativa (chi può dire quando una persona è

²⁹ A. CERETTI, *La giustizia riparativa di fronte al problema del male. Brevi riflessioni*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 155-162.

³⁰ T. FOLEY, *Developing Restorative Justice Jurisprudence. Rethinking Responses to Wrongdoing*, Surrey-Burlington, 2014.

rieducata?) o ancora alla pena ineguale se tutto si misurasse in termini riparativi.

In definitiva la convivenza delle tre forme di giustizia che oggi configurano il sistema penale significa anche e sempre più reciproca influenza in modo tale che l'una contamina l'altra e dà luogo a nuove modalità "ibride" di rispondere all'esigenza di garantire in modo contestuale diritto, sicurezza dei consociati, dignità e rispetto delle persone offese, dignità e riscatto dell'autore di reato³¹.

5. Rilievi di sintesi

Solo in una dimensione democratica, dialogica e di pieno rispetto della persona si può dare l'incontro tra il diritto (forma dello stare assieme) e l'umano (essere, sentire, con-patire, con-dividere)³². La *Restorative Justice* si sviluppa sempre più nei paesi democratici e rappresenta, per molti versi, una sfida al modo tradizionale di intendere la forma dello stare insieme e, nello stesso tempo, una scommessa su un modo più umano di convivere anche di fronte a danni relazionali che appaiono irreparabili³³.

I programmi dialogico-riparativi muovono dalla necessità primaria di dare "riconoscimento alla vittima"³⁴ ma questo comporta il diretto coinvolgimento dell'autore del reato il quale ha l'effettiva occasione di aprirsi ad una nuova dimensione relazionale e la possibilità di uscire dal "ghetto umano e sociale" in cui lo ha cacciato il reato.

La creazione di percorsi riparativi in seno al sistema penale ha dato luogo a configurazioni varie in cui i principi della giustizia riparativa trovano espressione in forme di *diversion*, entro percorsi di *probation* e in forme trattamentali in ambiente carcerario, in quest'ultimo caso anche con incontri con vittime surrogate, *conference groups* o altre inizia-

³¹ G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7, 2012, 833-851.

³² F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci ed ombre della Restorative Justice*, cit.

³³ H. ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, cit.

³⁴ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La Giustizia Riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit.

tive di comunicazione (lettere, messaggi...) con le vittime dirette o indirette del crimine. Nel momento in cui tali pratiche riparative tendono a diffondersi nel sistema penale può succedere che diversi autori di reato siano indotti ad accettarle come una scelta strumentale legata all'aspettativa di ottenere benefici o un più mite trattamento sanzionatorio. Questo è un rischio possibile e anche probabile; un rischio non del tutto eliminabile ma che può essere contenuto nella misura in cui aumenta la possibilità e la capacità d'implementazione dei programmi, nonché la professionalità di chi li conduce. Quanto più cresce la cultura verso una Giustizia dialogica, quale migliore modalità di rendere nel tempo più sicura la convivenza sociale, tanto più si riduce il margine di una possibile "burocratizzazione", "standardizzazione" e "strumentalizzazione" della riparazione. Non va dimenticato che la ricerca sulla recidiva di chi ha accettato e svolto percorsi riparativi mostra effetti differenziati in rapporto alle diverse tipologie di reati: elevata efficacia (meno frequenza e meno gravità di recidiva) nel caso dei reati a base violenta; scarsa efficacia nel caso di reati contro il patrimonio; inefficacia nei reati senza vittime quali, ad esempio, guida in stato di ebrezza, turbamento della quiete pubblica, imbrattamento e/o danneggiamento di beni pubblici, ecc. La ricerca conferma anche che la riparazione senza un percorso di confronto e dialogo con la vittima è quella più deludente nel produrre affrancamento dal crimine³⁵. Questo significa che la Giustizia riparativa funziona meglio quando l'autore del reato ha la possibilità di esprimere senso di colpa e maturare consapevolezza in un incontro *face to face* con chi (direttamente o in modo surrogato) è stato colpito profondamente dal reato³⁶; e questo può verificarsi anche attraverso un percorso preparatorio mentre il condannato sta scontando la pena in carcere perché il reato che ha commesso è grave.

Non è facile, nel tempo in cui viviamo, pensare che la soluzione migliore per assicurare più sicurezza sociale e qualità della convivenza sociale sia quella di stabilire e incentivare un dialogo con chi ha commesso reati anche di una certa gravità; eppure la ricerca scientifica ci indica questa direzione. Dunque per potersi affermare nel contesto pe-

³⁵ L.W. SHERMAN, H. STRANG, *Restorative Justice: The Evidence*, cit.

³⁶ L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015.

nale la Giustizia riparativa richiede una cultura nuova, richiede un investimento sociale che incentivi la cultura della conciliazione a tutti i livelli del vivere, a partire soprattutto dalle scuole, e stimoli la politica a sostenere il diffondersi delle pratiche mediative, preventive e riparative nella comunità civile e territoriale. Solo un *humus* culturale adeguato può generare nuove vie che:

- accentuino i processi di mediazione in ogni ambito conflittuale³⁷ e all'interno del sistema penale anche in ambiente carcerario, al fine di limitare gli aspetti disumanizzanti connessi a sanzioni di tipo repressivo ed afflittivo³⁸;
- favoriscano la responsabilizzazione del reo verso la vittima e verso la comunità civile nell'ambito dell'esecuzione penale esterna (misure di *diversion* e di *probation*);
- incentivino il ruolo della ricerca nel monitoraggio e nella valutazione dell'impatto dei processi mediativi (dialogico-riparativi) sulla recidiva, sulle vittime e sulla comunità.

³⁷ L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015.

³⁸ S. MILLER, *After the crime. The Power of Restorative Justice Dialogues between Victims and Violent Offenders*, New York, 2011.

RESTORATIVE JUSTICE IN JUVENILE AND ADULT CRIMINAL LAW: EUROPEAN COMPARATIVE ASPECTS¹

Frieder Dünkel

TABLE OF CONTENTS: 1. *Introduction*. 2. *Contextual and conceptual background of the European comparison – What does Restorative Justice mean?* 3. *Key driving factors for the introduction of restorative justice in European criminal justice systems*. 3.1. *Changing paradigms of criminal justice and juvenile justice*. 3.2. *Developments in the field of victimology and victims' rights*. 3.3. *The influence of international standards and European harmonization*. 3.4. *Summary*. 4. *Forms of restorative justice in European criminal justice and their legislative basis*. 4.1. *Gateways to the formal justice system*. 4.2. *Victim-offender mediation*. 4.3. *Restorative conferencing*. 4.4. *Peace-making circles*. 4.5. *Community Service*. 4.6. *Restorative Justice in prisons*. 4.7. *Summary*. 5. *Organisational structures*. 6. *Restorative Justice in criminal justice practice*. 6.1. *Problems with measuring the role of Restorative Justice in criminal justice practice*. 6.2. *Data on the quantitative use of restorative justice in practice*. 6.3. *Trends in the use of Restorative Justice in practice*. 7. *Research and evaluation into restorative justice in Europe*. 8. *Summary and recommendations*. 8.1. *Summary*. 8.2. *Recommendations*. 9. *References*.

1. Introduction

There appears to be an emerging consensus in Europe that Restorative Justice (RJ) can be a desirable alternative or addition to ordinary criminal justice approaches to resolving conflicts. RJ attributes greater consideration to the needs of victims and the community, and research has repeatedly highlighted its reintegrative potential for both victims and offenders, and the promising preventive effects such interventions can have on recidivism (see *Section 7* below). Accordingly, throughout

¹ The present paper is an actualized version of DÜNKEL 2017, summarizing the main results of DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015 and DÜNKEL/HORSFIELD/PĂROȘANU 2015.

Europe, the number of countries that have introduced RJ into the criminal justice context over the past few decades is perceived to have been increasing continuously. Research into the field has increased almost exponentially, and international standards and instruments from the European Union, the Council of Europe and the United Nations have increasingly been devoted to RJ over the last 15 years.

The consensus reaches its limits, however, when one regards the ways in which RJ has been implemented in legislation and “on the ground”, why it has been introduced, and the role that RJ plays in practice in the context of the criminal justice system (see *Section 2* below). Previous studies have indeed painted a very heterogeneous picture of the European RJ landscape², characterized by in some cases strongly divergent approaches to achieving similar outcomes. While some countries have succeeded in situating RJ in a more prominent position in the criminal procedure and in criminal justice practice, other jurisdictions have struggled (or not even sought) to move RJ beyond the margins of the criminal justice system, reflected for instance in strict eligibility criteria for offenders or in the geographically localized availability of providers of RJ services.

The aims of the two research projects presented here were to draw a comprehensive picture of RJ and mediation in the context of responding to criminal offending in Europe. The purpose of the first comparative overview was to summarize information on key issues from the pool of data collected on 36 European countries in an EU-funded project, covering most EU-Member states, but as well other European jurisdictions of Council of Europe member states³. The second compara-

² So stated by MIERS/AERTSEN 2012a, 514. See for instance AERTSEN ET AL. 2004; MIERS 2001; MIERS/WILLEMSSENS 2004; MESTITZ/GHETTI 2005; JOHNSTONE/VAN NESS 2007; EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE 2008; PELIKAN/TRENCZEK 2008; MASTROPASQUA ET AL. 2010; VANFRAECHEN/AERTSEN 2010; VANFRAECHEM/AERTSEN/WILLEMSSENS 2010; MIERS/AERTSEN 2012; 2012a; ZINSSTAG/VANFRAECHEM 2012.

³ See DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015; participating countries/jurisdictions were: Austria, Belgium, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Denmark, England/Wales, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Macedonia, Montenegro, The Netherlands, Northern Ireland, Norway, Poland, Portugal, Romania, Russia, Scotland, Serbia, Slovakia, Slovenia,

tive overview was restricted to the 28 EU-member states (i.e. 30 jurisdictions). It specially emphasises juvenile justice systems with the same aim to create a comprehensive overview of the current RJ landscape⁴, while at the same time seeking to identify key obstacles and problems that hinder RJ in playing a less peripheral and more central role in the context of the criminal procedure, and to examine promising, experience-based solutions to these problems.

Before presenting the findings of these projects, however, it appears advisable to set the objectives of the study against their *contextual and conceptual backdrop*, and to review the literature on *what Restorative Justice means by different definitions* (see Section 2 below).

2. Contextual and conceptual background of the European comparison – What does Restorative Justice mean?

The two projects and their objectives summarised in the present paper need to be set against the backdrop of an *unprecedented growth in the availability and application of processes and practices in Europe* (and indeed the rest of the world) over the last few decades that seek to employ an alternative approach to resolving conflicts, that has come to be termed “Restorative Justice” (RJ). The values reflected in restorative thinking are indeed not entirely new⁵. In fact, they can be traced back to indigenous cultures and traditions all over the world⁶. The modern “rejuvenation” of RJ has in fact taken much of its impetus from indigenous traditions for resolving conflicts in many countries, like the develop-

Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, Ukraine; the project was funded by the EU Criminal Justice Programme (JUST/2010/JPEN/AG/1525) and the University of Greifswald.

⁴ See DÜNKEL/HORSFIELD/PĂROȘANU 2015; participating countries were all EU-member states respectively 30 jurisdictions (the UK representing 3 jurisdictions, England/Wales, Northern Ireland and Scotland), i.e. in addition to the ones covered in the first study (see Fn. 2) Cyprus, Luxembourg, and Malta.

⁵ STRICKLAND 2004, 2.

⁶ HARTMANN 1995; LIEBMANN 2008, 302; VAN NESS/STRONG 1997; BRAITHWAITE 2002; BOYES-WATSON 2019.

ments in *New Zealand, Australia, Canada* and the *USA*⁷. The gradual spreading of RJ in the context of responding to criminal offences has been part of a general «rediscovery of traditional dispute resolution approaches», with restorative processes and practices becoming more and more used in community, neighbourhood, school, business and civil disputes⁸.

When confronted with the question as to *what RJ actually is*, a frequent response tends to be that it «means different things to different people»⁹, or «all things to all people»¹⁰. *Van Ness/Strong* state that «it can seem that there are as many answers as people asked»¹¹. There is no clear-cut definition of what RJ is, not least because «it is a complex idea, the meaning of which continues to evolve with new discoveries»¹². *Van Ness/Strong* go on to state that «it is like the words ‘democracy’ and ‘justice’; people generally understand what they mean, but they may not be able to agree on a precise definition»¹³.

The modern concept of RJ was originally formulated in a theory by *Christie* (“conflicts as property”)¹⁴, and builds on the view that the traditional criminal justice process is an inadequate forum for resolving conflicts between victims and offenders and for meeting both their needs and those of the wider community in which their conflict is set¹⁵.

Policymakers have become more concerned about the capacity of traditional criminal systems to deliver participatory processes and fair out-

⁷ See for instance MAXWELL/LIU 2007; ROCHE 2006; ZEHR 1990; VAN NESS/ MORRIS/MAXWELL 2001; MAXWELL/MORRIS 1993; MOORE/O’CONNELL 1993; DALY/HAYES 2001.

⁸ For a look at the “dimensions of restorative justice” in this regard, see for instance ROCHE 2006; see also DALY/HAYES 2001, 2; WILLEMSSENS 2008, 9.

⁹ FATAH 1998, 393.

¹⁰ See for instance O’MAHONY/DOAK 2009, 167.

¹¹ VAN NESS/STRONG 2010, 41.

¹² VAN NESS/STRONG 2010, 41.

¹³ VAN NESS/STRONG 2010, 41.

¹⁴ CHRISTIE 1977.

¹⁵ O’MAHONY/DOAK 2009, 165 f.; DOAK/O’MAHONY 2011, 1, 717; STRICKLAND 2004, 3.

comes that are capable of benefiting victims, offenders and society at large¹⁶.

The same applies to traditional state responses to offending, which tend to focus chiefly on punishment, deterrence and retribution as responses to breaches of the criminal law. *Walgrave* speaks of the «state monopoly over the reaction to crime»¹⁷.

«Many expectations have been placed upon the criminal justice system and in recent years a new one has been added: it should focus more on victims»¹⁸. Victims can often feel abandoned by the system by not being involved in the resolution of the conflict to which they are a key party. «While the defendant has a lawyer, the victim does not; instead, the victim's interests are considered to be identical with society's, which the prosecutor represents»¹⁹. More often than not, victims have a desire to question the offender, to receive an apology and ideally receive some other form of reparation, desires that can only seldom be met by the criminal justice system in most countries of Europe today. Steps have been taken in the past to improve the standing of the victim in criminal proceedings in some countries, often as a result from growing victims' movements and research in the field of victimology, for example the possibility in *Germany* of attaching a civil suit to the criminal case in order to receive compensation (the so-called *Adhäsionsverfahren*), the "Compensation Order" in *England and Wales* or the *partie civile* in *France* and *Belgium*²⁰. Such or similar compensation schemes can indeed be found in large parts of Europe today. While these approaches have improved victims' prospects of being compensated, they do very little to change the position of the victim in the resolution of the conflict. The conflict continues to be defined as a dispute between the offender and the State whose laws the offender has breached. Furthermore, by being subjected to the formal criminal process, the victim runs

¹⁶ DOAK/O'MAHONY 2011, 1, 717.

¹⁷ CHRISTIE 1977, 1; WALGRAVE 2008, 5.

¹⁸ See AERTSEN ET AL. 2004.

¹⁹ VAN NESS/STRONG 2010, 42.

²⁰ See the reports by DÜNKEL/PĂROȘANU, DOAK, CARIO and AERTSEN in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015.

the risk of secondary victimization, for example by being accused of lying or being attributed a degree of blame in the offence, however without being in a position to defend himself, personally or through legal representation.

Likewise, the adequacy of traditional criminal justice processes and interventions for offenders is also disputable if a resolution of the conflict arising from the offence is the desired outcome. Beyond the general notion that criminal justice responses to crime should be designed in a fashion that seeks to promote the reintegration of offenders into the community rather than merely punishing them (for instance through imprisonment). The criminal justice *process* in many countries does very little to promote the notion of an offender's responsibility for his/her behaviour and its consequences for victims and the community. Often their defence lawyers speak for them, thus reducing the degree to which offenders are actively involved in the process and thus to which they (can) truly face up to their actions.

RJ on the other hand aims to give the conflict back to those persons most affected by offending, by actively involving them in the procedures that respond to offending behaviour, rather than placing them on the side-lines in an almost entirely passive role²¹. According to *Christie's* theory of the re-appropriation of conflicts, RJ aims to restrict the role of the State to the provision of a less formal forum in which parties to an offence can deliberate on and actively resolve the crime and its aftermath²². The aim is to reintegrate offenders by confronting them with the negative consequences of their behaviour, and in doing so to bring the offender to assume responsibility for his actions and to deliver some form of redress to the victim or the community. In this conceptual approach, participation and involvement are key: victims are given a chance to state how they have been affected and what they expect from the offender, while the offender can explain himself and feel to have been able to express his position, which is likely to improve satisfaction among all stakeholders²³. Restorative procedures are usually highly informal, and are geared to avoiding negative stigmatizing or labelling

²¹ WILLEMSSENS 2008, 8.

²² O'MAHONY/DOAK 2009, 166.

²³ See for instance LIEBMANN 2007.

effects. Rather, RJ aims to separating the offender from his bad behaviour, and to help all parties to the offence leave the offence behind and to thus be “restored”. Therefore, restoration refers not only to the damage that has been caused, but also to the status of the stakeholders in the offence.

This overall conceptualization places the process involved at the centre of importance²⁴. Accordingly, *Marshall* defines it as «a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future»²⁵.

Braithwaite’s theory of “reintegrative shaming”, that regards processes of involvement, personal confrontation, voluntary active participation, family and community involvement and a focus on the harm that the offence has caused to the victim and the community, as promising strategies for fostering a sense of personal responsibility, maturation and reintegration²⁶. Accordingly, in such a “narrow” definition of RJ, the primary strategies involve forms of mediation, conferencing and circles that have a focus on participation, impartially facilitated exchange, active involvement and voluntariness. *Braithwaite*’s theoretical approach of reintegrative shaming implies that the key factor is the process of reaching a mutual agreement, rather than the agreement and its fulfilment themselves.

However, not all in the field adopt an “encounter” or “process”-based definition (also termed the *minimalist* or *purist approach*). Rather, others see the primary aim of restorative practices in facilitating the delivery of reparation, the making of amends for the *harm* caused (“outcome” or “reparation” oriented definitions, *maximalist approach*). *Liebmann* for instance defines RJ as

[aiming] to resolve conflict and to repair harm. It encourages those who have caused harm to acknowledge the impact of what they have done and gives them an opportunity to make reparation. It offers those who

²⁴ ZEHR 1990.

²⁵ MARSHALL 1999, 5.

²⁶ BRAITHWAITE 1989.

have suffered harm the opportunity to have their harm or loss acknowledged and amends made²⁷.

Some argue for including any action that «repairs the harm caused by crime»²⁸. Therefore, schemes that provide for the making of reparation to the victim or even the community at large (like reparation orders, community service or diversion schemes) can be regarded as restorative. However, this will depend on how these practices are organized and implemented.

As an alternative to associating the concept with a specific archetypal process, the term [RJ] should be instead thought of as encapsulating a body of core practices which aim to maximize the role of those most affected by crime: the victim, the offender and potentially the wider community²⁹.

Therefore, for instance community service should only be regarded as restorative practice if it fulfils key restorative justice values like voluntary active participation, the aim of reintegration, fostering offender responsibility and the making of amends (in this case to the community through *meaningful* work).

Van Ness/Strong seek to unite the encounter and the outcome orientations in a hybrid definition, describing RJ as «a theory of justice that emphasizes repairing the harm caused or revealed by criminal behaviour. It is best accomplished through cooperative processes that include all stakeholders»³⁰. Therefore, they feel that the best outcomes can be achieved where the delivery of reparation is facilitated through encounter. However, an encounter is not absolutely necessary.

²⁷ LIEBMANN 2008, 301.

²⁸ DALY/HAYES 2001, 2; see also WILLEMSSENS 2008, 9.

²⁹ O'MAHONY/DOAK 2009, 166; see also UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME 2006.

³⁰ VAN NESS/STRONG 2010, 43.

This flexibility (or room for personal preference) in defining the concept

has led to a raft of divergent practices and a lack of consensus on how they should be implemented. As a result mediation and restorative justice programmes worldwide vary considerably in terms of what they do and how they seek to achieve their outcomes³¹.

The UN Office of Drugs and Crime refers to RJ as «an evolving concept that has given rise to different interpretations in different countries, one around which there is not always a perfect consensus»³². The driving forces for their introduction vary from country to country – were they introduced primarily with the aim of improving the standing of victims by providing opportunities to receive reparation or emotional healing through involvement in the process of resolving the case? Or have the developments been more focused on providing alternative processes and outcomes for (young) offenders in the context of expanding systems of diversion and a shift in the focus of criminal justice intervention from retributive to rehabilitative, reintegrative strategies, with victimological considerations being an “added bonus”? Or both? Such considerations as well as the social, penal, political, cultural and economic climate/context will have had an effect on how RJ has been implemented, how it is linked to the criminal justice system (if at all) and the role it plays in the practices of criminal justice decision-makers.

What has become clear, however, is that the outcomes achieved through restorative practices have indeed been very promising ones. Numerous research studies all over Europe have measured significantly elevated satisfaction rates among victims and offenders who have participated in restorative justice measures compared to control groups³³. While such levels of satisfaction are no doubt greatly dependent on the way the specific programme in question has been implemented, they nonetheless indicate that it is indeed possible to better meet the needs of victims through RJ. At the same time, RJ has repeatedly and continu-

³¹ DOAK/O'MAHONY 2011, 1, 718.

³² UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME 2006, 6.

³³ See for instance CAMPBELL ET AL. 2006 on experiences in *Northern Ireland*.

ously been associated with promising recidivism rates³⁴, making them viable alternatives to traditional criminal justice interventions (see in detail *Section 7* below).

The clearest point of European consensus lies in the fact that the perceived expansion in the provision of RJ has been a real one, and that more and more people are coming to regard it as an attractive alternative or addition to the criminal justice system, regardless of the role it plays or the outcomes aimed for. This consensus is reflected in the continued growth in the degree to which RJ is the subject of international conferences as well as of international instruments from the Council of Europe, the European Union and the United Nations, for instance:

- Committee of Ministers Recommendation Rec (99) 19 concerning mediation in penal matters³⁵;
- Council Framework Decision 2001/220/JHA on the standing of victims in criminal proceedings³⁶;
- Resolution 2002/12 of the Economic and Social Council of the United Nations on basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters³⁷;
- Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime;
- Council of Europe Recommendation No. R. (2003) 20 concerning new ways of dealing with juvenile offenders and the role of juvenile justice³⁸;
- Council of Europe Recommendation No. R. (2008) 11 on European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures³⁹;
- Council of Europe Recommendation No. R. (2006) 2 concerning the European Prison Rules⁴⁰.

³⁴ See for instance LATIMER/DOWDEN/MUISE 2005; BERGSETH/BOUFFARD 2007; SHERMAN/STRANG 2007; SHAPLAND ET AL. 2008; SHAPLAND/ROBINSON/SORSBY 2012.

³⁵ COUNCIL OF EUROPE 1999.

³⁶ COUNCIL OF EUROPE 2001.

³⁷ UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL 2002.

³⁸ COUNCIL OF EUROPE 2003.

³⁹ COUNCIL OF EUROPE 2008.

⁴⁰ COUNCIL OF EUROPE 2006.

Growth in the number of research projects and publications relating to the issue has been on the verge of exponential. As *Daly* states, «no other justice practice has commanded so much scholarly attention in such a short period of time»⁴¹. Therefore, there is also agreement that such research is desirable, which is not least reflected in the fact that the European Commission specifically sought to fund research into the matter, as was the case with the study on which the publication at hand is based.

In light of the diversity and flexibility in defining the concept of RJ, it was necessary to draw a *conceptual outline*. As our starting point, we drew on the definitions of “restorative processes” and “restorative outcomes” as provided in Articles 2 and 3 to ECOSOC Resolution 2002/12⁴². Article 2 defines a restorative process as:

Any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator.

Further, Article 3 states that:

Restorative outcomes are agreements reached as a result of a restorative process. [They] include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the re-integration of the victim and the offender.

So, first of all we were interested in restorative processes, such as mediation and conferencing, in terms of why they were introduced, how they are linked to the criminal procedure, how they have been implemented in legislation and “on the ground”, the quantitative role they play in criminal justice practice and positive and negative experiences that have been made with them (or rather: problems that have been faced and solutions to those problems).

⁴¹ DALY 2004, 500.

⁴² UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL 2002.

However, using such a definition excludes many initiatives that imply the delivery or making of reparation or restitution without a preceding restorative process having taken place – practices that are in fact widespread in Europe today in the form, for instance, of reparation orders, community service orders, or legal provisions allowing prosecutorial or court diversion on the grounds that amends have been made. The research team, therefore, decided to widen the scope of what should be covered in the project so as to include pathways through which making reparation is facilitated in, and has an effect on, the criminal justice process, and to in turn ascertain to what degree they are in fact implemented in a fashion in practice that can be regarded as restorative.

*3. Key driving factors for the introduction of restorative justice in European criminal justice systems*⁴³

As already stated earlier in this article, the idea of resolving conflicts through encounters and mutual decision-making and focusing on the harm caused by the offence and the resulting imbalance of rights and needs is not entirely new and can be traced back to indigenous cultures and traditions all over the world. The *modern* roots of RJ in penal matters are said to be found in abolitionist thinking⁴⁴. Europe's earliest bottom-up VOM initiatives in *Austria*, *Norway* and *Finland*⁴⁵ in the early 1980s had their roots in this notion of the “re-appropriation of conflicts” which, as described above, regards the formal criminal justice system as an inadequate forum for resolving conflict, and which instead endorses “giving the conflict back” to those persons who have inflicted

⁴³ Subsection 3 is based on information drawn from the 36 national reports from the Greifswald project, as the snap shots did not focus on this matter due to spatial constraints. Likewise, the presentation also includes non-EU states, as reform developments outside the EU, in *Norway* in particular, in the early years of RJ were very influential for the rest of Europe.

⁴⁴ For instance CHRISTIE 1977; see for a comprehensive historical review of the roots of the RJ-movement BOYES-WATSON 2019.

⁴⁵ See GOMBOTS/PELIKAN, LUNDGAARD and LAPPI-SEPPÄLÄ in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015.

or suffered harm so as to better meet their needs and restore their rights⁴⁶. The reports of the EU-funded project from the *Netherlands, Spain, Belgium and Croatia* stated that developments in their countries were also driven by the notion that traditional criminal justice processes are in fact inadequate for truly resolving conflicts⁴⁷.

In reality, abolitionist thinking will have played a significant role in all countries that provide for restorative processes like VOM or conferencing, albeit not expressly, as the concept of providing an informal forum for stakeholders in an offence to resolve their conflicts themselves is intrinsic to restorative processes. Essentially, choosing to implement restorative processes can be seen as an implicit confirmation that abolitionism is the ideal to be applied in order to achieve whatever goals have been set in the countries' given social, cultural, political, legal, historical, penal and economic decision-making contexts.

Boyes-Watson summarizes the historical roots of RJ by emphasizing on the four “arenas” of 1) *reforming the justice system* (finding new and more constructive reactions to the offence and avoiding incarceration, including improving the position of the victim in criminal procedures), 2) management of youth and families (focusing “on youth with the goal of developing more effective strategies of disciplining, morally educating and rehabilitating delinquent youth”; the birth of the New Zealand family group conferencing after Maori understandings of conflict resolution), 3) peacebuilding (in the realm of transitional justice after massive violent conflicts such as genocides, war conflicts etc.) and 4) indigenous rights and regeneration (the movement for fighting against “oppression, marginalization and discrimination” of indigenous people, “institutionalized in the current social structure”, e.g. in North-America, Australia, New Zealand)⁴⁸.

⁴⁶ WILLEMSSENS 2008, 11.

⁴⁷ See GOMBOTS/PELIKAN, VAN DRIE/SANNEKE/WEIJERS, AERTSEN and BOJANIĆ in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015.

⁴⁸ See BOYES-WATSON 2019, 8 ff., 10, 13.

3.1. Changing paradigms of criminal justice and juvenile justice

The early developments in *Finland* also served the purpose of providing an alternative to the use of imprisonment with juvenile offenders. The reports from *Estonia, Hungary, Ireland, Northern Ireland, Poland, Romania, Scotland, Slovakia and Slovenia*⁴⁹, all echoed that the introduction of RJ into their systems was driven at least in part by the aim of decarceration. The aim of reducing the use of imprisonment was tied to developments in many countries in Europe that sought to effect an overall shift in criminal justice thinking, away from a purely retributive strategy of inflicting punishment for breaches of the law, towards a rehabilitative, reintegrative approach (*Austria, Belgium, Croatia, France, Germany, Hungary, Ireland, Italy, the Netherlands, Northern Ireland, Portugal, Romania, Scotland, Slovenia, Spain*)⁵⁰. Such general criminal justice reforms, which were observable in juvenile justice as well, were characterized overall by an increased focus on expanding discretionary decision-making among key “gatekeepers” to the criminal justice system and introducing alternative responses to crime that seek to rehabilitate and reintegrate offenders. The “principle of opportunity” at the level of the police or prosecution services and the powers of courts to drop cases in certain circumstances have been widely expanded over the past few decades, thus providing “access points” to the system for the implementation of diversionary measures and practices, including such that reflect restorative values (see *Section 4* below). Widespread legislative provision has been made for “reconciliation” between victim and offender and/or the making of amends (“effective repentance”) to be regarded as grounds for dropping the case or for mitigating sentences (see *Section 4.1* below), which in turn opens the door for the use of restorative processes and/or for victim and offender to achieve restorative outcomes, or for made reparation to be taken into consideration.

⁴⁹ The same was true for the Non-EU-member states of *Norway, Russia, Turkey* and the *Ukraine*.

⁵⁰ See for instance CAVADINO/DIGNAN 2006; 2007. This aspect was also mentioned in the national reports of the Non-EU-members *Bosnia and Herzegovina, Russia, Serbia, Switzerland* and the *Ukraine*.

In many countries in Europe, these developments towards diversion and decarceration were particularly reflected in juvenile justice, or rather, within the context of reforming the ways in which offending by young people is responded to. The reports from EU-states such as *Austria, Belgium, England and Wales, Estonia, Germany, Ireland, Italy, Northern Ireland, Portugal, Romania, Spain* and the *Non-EU-members of Bosnia and Herzegovina, Norway, Russia, and Switzerland* indicated that such reform movements were key contextual factors for the introduction of RJ. Systems for responding to juvenile delinquency have increasingly sought to employ a more educational approach with a focus on providing alternative processes (to avoid stigmatization) and alternative measures (to seek to positively influence the offender with the aim of reintegration)⁵¹. In the context of juvenile justice reform, the reintegrative, educational prospects of restorative outcomes and the alternative processes they can entail came to be regarded as promising means for achieving this. More and more also in the general criminal law special prevention and victim oriented sentencing options play an important role and therefore RJ-elements such as mediation and reparation have been introduced in the last decades.

3.2. Developments in the field of victimology and victims' rights

Another key driving factor for the development and expansion of RJ initiatives in Europe in the last few decades has lain in developments in the field of victimology and victims' rights⁵². The reports from *Croatia, Denmark, England and Wales, France, Germany, Greece, the Netherlands, Poland, Romania, Scotland, Slovakia, Spain and Sweden*⁵³ indi-

⁵¹ See for instance DÜNKEL/VAN KALMTHOUT/SCHÜLER-SPRINGORUM 1997; ALBRECHT/KILCHLING 2002; DOOB/TONRY 2004; CAVADINO/DIGNAN 2006; JUNGER-TAS/DECKER 2006; MUNCIE/GOLDSON 2006; HAZEL 2008; JUNGER-TAS/DÜNKEL 2009; DÜNKEL ET AL. 2011; DÜNKEL 2013; 2015; 2015a; 2016; ZIMRING/LANGER/TANENHAUS 2015.

⁵² See for instance DIGNAN 2005; MIERS/AERTSEN 2012a, 530; WILLEMSSENS 2008, 11.

⁵³ From Non-EU-member states: Montenegro, Norway, Russia, Serbia and Switzerland.

cated that the introduction of restorative thinking into their systems was also driven by parallel attempts to strengthen the role of victims in the criminal procedure – so the deficiencies of traditional criminal justice in meeting the needs of victims⁵⁴ was one of the primary driving factors. «Whilst initially victims’ rights movements were focused on promoting victims’ interests to the detriment of offenders’ interests»⁵⁵, today «most victims’ advocates are oriented towards a broader scope of social, personal, and juridical needs of those victimized by crime»⁵⁶. Accordingly, legislative provisions have been increasingly introduced that seek to involve victims through restorative processes, or that seek to facilitate the making of reparation and the alleviation of caused harm, to which the restorative ideal, regardless of whether an encounter or outcome-oriented definition is applied, can cater very well⁵⁷.

3.3. The influence of international standards and European harmonization

A more recent driving force that is closely connected to the aforementioned factors has been the influence of international standards and recommendations from the Council of Europe, the European Union and the United Nations, that have recently come to focus increasingly on mediation, RJ and the role and rights of victims in responding to crimes (see already *Section 2* above)⁵⁸.

International instruments governing responses to juvenile offending have also made increased reference to mediation and RJ as being desirable practices, for instance in § 8 of Council of Europe Recommendation No. R. (2003) 20 concerning new ways of dealing with juvenile offenders and the role of juvenile justice⁵⁹, and Basic Principle 12 of the “European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or

⁵⁴ See AERTSEN ET AL. 2004; VAN NESS/STRONG 2010, 42.

⁵⁵ WILLEMSSENS 2008, 8.

⁵⁶ WALGRAVE 2008a, 618.

⁵⁷ See for an overview HARTMANN 2019, 127 ff.

⁵⁸ See in particular WILLEMSSENS 2008 for an investigation into the role of such standards in Europe. See also MIERS/AERTSEN 2012a, 538 ff.

⁵⁹ COUNCIL OF EUROPE 2003.

Measures” (Council of Europe Recommendation No. R. (2008) 11)⁶⁰. Rule 56.2 of the European Prison Rules states that «whenever possible, prison authorities shall use mechanisms of restoration and mediation to resolve disputes with and among prisoners»⁶¹.

Within our research projects, the reports from *Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Estonia, Hungary, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, and Slovenia*⁶², all stated that the developments in the field of RJ in their countries needed to be understood in the context of international standards. On the one hand, the standards have provided guidance on the ways in which restorative strategies have been implemented in law and practice, as they are regarded as depicting “best practices” in the field. But more importantly, these instruments have also been central driving forces for introducing RJ and the “access points” through which it can enter the (juvenile) justice system *per se*.

This latter issue needs to be understood within the context of European harmonization and EU accession⁶³. Particularly Eastern European countries (for instance *Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Estonia, Romania, Slovenia and Ukraine*) stated that their motivation or impetus for introducing RJ schemes had come from the desire to harmonize their legislation and practices to western states. Other countries point to the obligations arising from certain international instruments as being pivotal in the passing of legislation so as to provide a statutory framework for victim-offender mediation or other restorative processes and practices that had in fact already been provided “on the ground” for quite some time. The role of Art. 10 of Council Framework Decision 2001/220/JHA on the standing of victims in criminal proceedings that obliged Member States to make legislative provision for mediation by 22 March 2006, is of particular relevance in this

⁶⁰ COUNCIL OF EUROPE 2008 with an explanatory commentary in COUNCIL OF EUROPE 2009, 33 ff.

⁶¹ COUNCIL OF EUROPE 2006.

⁶² From Non-EU-member states: *Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro, Serbia, Turkey and Ukraine*, which underlines the importance of human rights instruments in the process of adjusting to a European Union philosophy of a state governed by the rule of law (Rechtsstaat).

⁶³ LIEBMANN 2007, 49.

regard. Legislative reforms in *Hungary* and *Finland* in 2006, and in the *Netherlands*, *Estonia* and *Portugal* one year later, were said to have been motivated by this Framework Decision. In *Finland*, doing so had a positive effect on the use of RJ in practice, as it provided clearer guidance for a tested nationwide system of non-statutory mediation that had existed for quite some time. However, in *Hungary*, pressure to implement the requirement from the Framework Decision in fact resulted in a hurried, untested and thus greatly flawed top-down reform⁶⁴.

3.4. Summary

As has been illustrated above and summarized in *Table 1* below, the driving forces behind the introduction of RJ and mediation into the context of responding to criminal offences are rather diverse. Naturally, it was seldom the case that developments in a country were driven only by one of these different factors. On the contrary, there has indeed been a certain degree of overlap, as the different issues are also interrelated to a certain degree.

Table 1: Factors influencing the introduction and implementation of Restorative Justice in penal matters in Member States of the EU

Abolitionist thinking; traditional criminal justice system deemed inappropriate forum for resolving conflicts	<i>Austria; Belgium; Croatia; Finland; Latvia; the Netherlands; Spain</i>
Strengthening victims' rights; victim's movements	<i>Croatia; Denmark; England and Wales; France; Germany; Greece; the Netherlands; Poland; Scotland; Slovakia; Spain; Sweden</i>
Inefficient/overburdened criminal justice system	<i>Bulgaria; Croatia; Greece; Hungary; Ireland; Latvia; Portugal; Romania; Slovakia; Slovenia</i>
Rehabilitation and reintegration over retribution and punishment; diversion	<i>Austria; Belgium; Croatia; France; Germany; Hungary; Ireland; Italy; the Netherlands; Northern Ireland; Portugal; Romania; Scotland; Slovenia; Spain</i>

⁶⁴ See LAPPI-SEPPÄLÄ and CSÚRI in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015, 247, 370 f.

Reforms in particular in the field of Juvenile Justice or Youth Assistance and Welfare	<i>Austria; Belgium; England and Wales; Estonia; Germany; Ireland; Italy; Northern Ireland; Portugal; Romania; Spain</i>
Curbing custody rates	<i>Estonia; Hungary; Ireland; Northern Ireland; Poland; Romania; Scotland; Slovakia; Slovenia</i>
Compliance with international standards, EU harmonization	<i>Bulgaria; Croatia; Czech Republic; Estonia; Hungary; the Netherlands; Poland; Portugal; Romania; Slovenia</i>
Lack of trust in the judiciary following period of transition	<i>Bulgaria; Czech Republic; Northern Ireland</i>

In addition, these factors are not exhaustive, as the local political, economic, social, historical, cultural backgrounds and contexts are vital as well. For instance *Bulgaria, Croatia, Hungary, Ireland, Portugal, Romania* and *Slovenia* stated that a primary concern had been a reduction of the caseloads of overburdened court systems, while *Bulgaria*, the *Czech Republic, Macedonia* and *Northern Ireland* stated that the introduction and implementation of RJ in their countries had been facilitated by and needed to be placed before the contextual background of a perceived lack of trust in the justice system due to a phase of societal transition and conflict⁶⁵.

These motors or aims combined with each other as well as with the overall penal, social and economic climate and the criminal justice system of a given country will have had effects on the ways in which restorative processes and practices have been legislated for (if at all) and implemented in practice, how they are tied into the criminal procedure, and on the quantitative role that they play in a country's criminal justice practice. Accordingly, there is a great degree of variation in Europe in these regards, to which we now turn our attention.

⁶⁵ For an elaborate look at the role and potentials of transitional contexts, see CLAMP 2014. See also O'MAHONY/DOAK/CLAMP 2012.

4. Forms of restorative justice in European criminal justice and their legislative basis

Summarizing somewhat, the most widespread manifestation of RJ in Europe is victim-offender mediation (VOM). By contrast, programmes that seek to employ conferencing schemes or sentencing circles that involve a wider circle of participants are by far less widespread (see *Sections 4.1* and *4.2* below). This is not entirely surprising, as European international standards predominantly focus on mediation⁶⁶. In fact, the definition of RJ provided in Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council on 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, is the same as the definition of mediation applied in Council of Europe Recommendation No. R. (99) 19 concerning mediation in penal matters. To a certain degree this exemplifies that, in seeking to establish processes that reflect restorative values, the focus in Europe has been on mediation. All 36 reports in the research of *Düinkel, Grzywa-Holten* and *Horsfield* (2015) and almost all 30 jurisdictions covered in the survey of EU-member states (see *Düinkel/Horsfield/Păroşanu* 2015) refer to the existence of such services and programmes that seek to provide offenders and victims with an opportunity to take part in mediation, albeit with stark differences in the degree of national coverage and how they have been implemented (see also *Section 4.2* below). In *Cyprus*, mediation is yet not available, and in *Bulgaria*, it is available only for adult offenders.

Summarising the availability of Sanctions or measures that are (at least theoretically) oriented to restorative justice processes on the one hand and on restorative justice oriented sanctions without such processes we get a European landscape as shown in *Table 2* below.

⁶⁶ ZINSSTAG/TEUNKENS/PALI 2011, 19.

Table 2: Restorative Justice elements focused either on restorative processes or on reparation/community service in Europe

<i>Restorative processes seeking to achieve restorative outcomes</i>	
Victim-Offender Mediation/Reconciliation (37 out of 39 jurisdictions)	<i>Austria; Belgium; Bosnia and Herzegovina; Bulgaria; Croatia; Czech Republic; Denmark; England and Wales; Estonia; Finland; France; Germany; Greece; Hungary; Ireland; Italy; Latvia; Lithuania; Luxembourg; Macedonia; Malta; Montenegro; the Netherlands; Norway; Poland; Portugal; Romania; Russia; Scotland; Serbia; Slovakia; Slovenia; Spain; Sweden; Switzerland; Turkey; Ukraine</i>
Conferencing (13 out of 39 jurisdictions)	<i>Austria; Belgium; England and Wales; Germany; Hungary; Ireland; Latvia; Northern Ireland; the Netherlands; Norway; Poland; Scotland; Ukraine</i>
<i>Making reparation to victim/community without need for preceding restorative process</i>	
Reparation/Reconciliation (32 out of 39 jurisdictions)	<i>Austria; Belgium; Bosnia and Herzegovina; Bulgaria; Croatia; Cyprus; Czech Republic; Denmark; England and Wales; Estonia; France; Germany; Greece; Hungary; Ireland; Italy; Lithuania; Macedonia; Montenegro; the Netherlands; Norway; Poland; Portugal; Romania; Russia; Serbia; Slovakia; Slovenia; Spain; Switzerland; Turkey; Ukraine</i>
Community Service (34 out of 39 jurisdictions)	<i>Austria; Bosnia and Herzegovina; Bulgaria; Croatia; Cyprus; Czech Republic; Denmark; England and Wales; Estonia; France; Germany; Greece; Hungary; Ireland; Italy; Latvia; Lithuania; Luxembourg; Macedonia; Malta; Montenegro; the Netherlands; Norway; Poland; Portugal; Romania; Russia; Serbia; Slovakia; Slovenia; Spain; Switzerland; Turkey; Ukraine</i>

If we widen the conceptual framework and include practices that reflect the making of reparation to victims and communities without a preceding restorative process, it becomes apparent that *Community Service* is very widespread in Europe, receiving mention in 32 of 36 national reports in the study of *Dünkel/Grzywa-Holten/Horsfield* (2015) and 25 out of 30 jurisdictions of the EU-member states study (*Dünkel/*

Horsfield/Păroşanu 2015; albeit with certain reservations in most cases with regard to its restorative nature, see *Section 4.5* below). Likewise, 31 of 36 authors in the first study reported that criminal justice decision-makers (police, prosecutors, courts) in their countries have discretionary powers to take the making of reparation (or attempts to do so) and “reconciling” with the victim into consideration when making charging, prosecution or sentencing decisions, or to refer offenders to make reparation prior to making such decisions (either as routes of diversion or as grounds for sentence mitigation). In fact, it is precisely these points of decision-making that we shall be focussing on first in this Section, as they constitute the “access points” through which restorative processes, like VOM and conferencing, can gain entry to the criminal justice system in most of Europe, as shall become clearer as this *Section* progresses.

Therefore, *Section 4.1* is devoted to a look at the different gateways to the criminal justice system in Europe today. Subsequently, VOM and conferencing, as restorative practices involving restorative processes, are each investigated in individual subsections (*Sections 4.2* and *4.3* respectively), followed by a brief look at “peace-making circles” that have begun to emerge in some countries (*Section 4.4*). In presenting these practices, they are placed into the context of the “access-points” described in *Section 4.1*, to which we shall shortly be turning our attention. Finally, *Section 4.5* is dedicated to “Community Service”. As has already been stated earlier, and as shall become even more apparent further below, Community Service in Europe today should not really be enumerated together with practices like VOM and conferencing, as it only falls under RJ when a particularly wide definition based on the alleviation of harm and making reparation is applied (i.e. working for the harmed community). However, community service *could* bear great restorative potential if implemented in a fashion that brings it closely in line with the central foundations and notions of RJ, which is why a separate Section has been devoted to the matter.

Relatively new is the implementation of RJ-elements into the execution of prison sentences. Some of the initiatives and legal concepts are described under *Section 4.6*.

4.1. Gateways to the formal justice system

As already highlighted in *Chapter 2* above, the emergence of restorative processes and practices all across Europe has to be viewed against a complex contextual backdrop. Through juvenile and general criminal justice reforms, linked with a stronger focus on the interests and rights of victims, decision-makers throughout the criminal justice system have been increasingly equipped with powers (via amendments to Criminal Codes and/or Criminal Procedure Codes) to divert cases from prosecution, conviction and/or sentencing into alternative procedures and measures that bear superior reintegrative and rehabilitative potential than purely retributive intervention, while at the same time alleviating court caseloads.

Prosecutors (and police forces in some countries, for instance *England and Wales, Northern Ireland, Ireland* and the *Netherlands*) have seen expansions in their *statutory discretion to divert criminal cases* by dropping charges subject to certain conditions. In 34 of the 36 countries covered by *Dünkel/Grzywa-Holten/Horsfield* (2015), among such conditions we find the condition of having “made reparation” to or having “reconciled” with the victim. Thus, where an offender has alleviated (or in some cases sought to alleviate) the harm caused by the offence, either by his own initiative or upon the making of such a requirement by the prosecuting agencies, he can be *released from criminal liability*. Many Eastern European countries (for instance in *Croatia, Estonia, Latvia, Lithuania, Poland, Slovakia* and *Slovenia*) in particular make legal provision for cases to be dropped where victim and offender achieve “reconciliation”, or where there has been “effective repentance” (like *Poland, Portugal, Spain* for example). Such diversion is usually limited to offences that carry a certain penalty, usually offences that can attract a prison sentence of three to five years, but often also to so-called “complainant’s crimes” (crimes in which charges/criminal complaints have to be brought by the victim, for instance in *Bulgaria, Finland, Portugal, Spain*).

Likewise, while not as widespread as prosecutorial diversion, in 26 of the countries covered in the study of *Dünkel/Grzywa-Holten/Horsfield* (2015), the *courts have powers to refrain from convicting or sen-*

tencing a young offender on similar grounds. Courts can either postpone the procedure so as to enable reparation to be made, mediation to be conducted or reconciliation to be achieved, or can close the case due to the fact that, in the run-up to the trial, the offender has made reparation and/or reconciled with the victim, or has at least undertaken efforts to do so (as is the case in *Germany* for example). Also, 18 of the 30 jurisdictions of the present study reported that courts can regard made reparation, achieved reconciliation or “effective repentance” as a *mitigating factor in sentencing* (*Belgium, Croatia, Cyprus, Denmark, Estonia, Finland, Germany, Greece, Ireland, Latvia, Lithuania, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Spain, and Sweden*).

What is important to understand at this point is that, while there is wide consensus in the laws that achieving reconciliation or making reparation can be taken into consideration in the criminal procedure, it is mostly not clearly defined *how* such reconciliation is to be achieved, *how* reparation should be determined and/or *how* it should be delivered. Rather, the legal regulations governing prosecutorial and court diversion as well as sentence mitigation serve as the most central “access points” through which restorative processes like VOM and conferencing can enter into the criminal procedure as “tools” for achieving reparation or reconciliation. However, in the legal sense, reparation and reconciliation, as outcomes, can also be achieved without there necessarily having been a restorative process (like VOM or conferencing) involved, as the law makes no such requirements in the majority of cases. Thus, while reparation/reconciliation as grounds for diversion or mitigation of sentence are legally prescribed and thus valid nationwide, VOM and conferencing as means of achieving them not always are. Mention of “reconciliation” in the legislation should be taken as implying a measurable legal fact or outcome rather than a particular process. Therefore, just because the term “reconciliation between victim and offender” is used, it does not mean that an impartially facilitated encounter between the two actually took place.

It needs to be noted, though, that in many countries, for example in *Greece, Lithuania, Slovakia* and numerous other Eastern European countries, the laws foresee “reconciliation processes” or “reconciliation procedures”, in which victim and offender are summoned before a

prosecutor or judge who in turn seeks to help the parties reach an informal solution to the offence. Such practices should not, however, be confused with actual VOM, as they lack an important hallmark of VOM – the impartiality of the facilitator.

31 of 36 reports of the Greifswald study and additionally all three EU-member states not covered by it indicated that their national courts are equipped with *special sentencing options* (special sanctions or measures) that reflect restorative justice thinking, most prominently community service (34 of 39 countries covered in both studies, often practised as a condition of probation, e.g. in *Cyprus* or *Malta*) or other forms of court-ordered reparation like “reparation orders” (in *England* and *Wales*, *France*, *Germany*, *Northern Ireland* and *Scotland*), but also court-ordered restorative processes like youth conferences in *Northern Ireland* and *Ireland*, so-called “Referral Orders” in *England* and *Wales* and VOM in *Germany*.

Another route through which RJ can come to be applied in the criminal justice process is during the serving of a sentence to imprisonment or detention. Restorative practices like conferencing or VOM can serve as promising elements of release preparation and/or even as a ground justifying early release, but likewise can also serve as alternative, more inclusive means for resolving conflict within prisons and detention centres. Prisons bear great potential for restorative practices, as they are in fact places characterized or even defined by conflict. However, only 18 out of 39 reports (concerning both studies together) stated that restorative justice approaches were being used in this context on an experimental level (see more in detail under *Section 4.6*). *Table 3* summarises the availability of RJ-elements in the 39 countries/jurisdictions according to the different levels of criminal prosecution, sentencing or execution of sentences.

Table 3: Stages of the criminal procedure at which restorative practices and outcomes can play a role in Europe

Delivery of reparation or successful restorative process as grounds for/condition of <i>pre-court</i> diversion	<i>Austria; Bosnia and Herzegovina; Belgium; Bulgaria; Croatia; Cyprus, Czech Republic; England and Wales; Estonia; Finland; Germany; Greece; Hungary; Ireland; Italy; Latvia; Lithuania; Luxembourg; Macedonia; Malta; Montenegro; Netherlands; Northern Ireland; Norway; Poland; Portugal; Romania; Russia; Scotland; Serbia; Slovenia; Slovakia; Spain; Sweden; Switzerland; Turkey; Ukraine</i>
Delivery of reparation or successful restorative process as ground for/condition of <i>court</i> diversion	<i>Austria; Bosnia and Herzegovina; Bulgaria; Croatia; Cyprus; Czech Republic; Estonia; Germany; Greece; Hungary; Italy; Latvia; Lithuania; Luxembourg; Macedonia; Malta; (the Netherlands); Montenegro; Poland; Scotland; Switzerland; Romania; Russia; Serbia; Slovenia; Spain; Switzerland; Turkey; Ukraine</i>
Restorative justice as a ground for sentence mitigation	<i>Belgium; Croatia; Cyprus; Denmark; Estonia; Finland; Germany; Greece; Ireland; Latvia; Lithuania; Luxembourg; Malta; the Netherlands; Poland; Portugal; Romania; Russia; Spain; Sweden; Switzerland; Turkey; Ukraine</i>
Court Sanctions with restorative character (including Community Service)	<i>Austria; Bosnia and Herzegovina; Bulgaria; Croatia; Cyprus; Czech Republic; Denmark; England and Wales; Estonia; France; Germany; Greece; Hungary; Ireland; Italy; Latvia; Lithuania; Luxembourg; Malta; Macedonia; Montenegro; the Netherlands; Norway; Poland; Portugal; Romania; Russia; Serbia; Slovakia; Slovenia; Spain; Switzerland; Turkey; Ukraine</i>
Use of restorative justice practices in prison settings	<i>Belgium; Bulgaria; Denmark; England and Wales; Finland; Germany; Hungary; Italy; Latvia; the Netherlands; Norway; Poland; Portugal; Scotland; Switzerland; Russia; Spain; Ukraine</i>
Restorative justice is available to all victims and offenders at all stages of the procedure	<i>Belgium; Denmark; Finland; Germany; Malta; the Netherlands; Sweden; Romania</i>

Finally, it needs to be addressed that the availability of RJ (or rather, access to RJ) is not always restricted by certain legal preconditions or to certain stages of the criminal procedure. Rather, some countries provide restorative justice programmes as a general service that is (and in some countries *has to be*) offered to all victims and offenders, regardless of the offence and regardless of the course of the procedure (for instance *Belgium, Denmark, Finland, the Netherlands and Sweden*). These countries apply a more “victim”-oriented approach, in which the focus is on resolving the conflict between victim and offender in all cases in which the parties wish for such conflict resolution, rather than conditioning access to RJ on offender and offence characteristics and focusing on the consequences of making reparation (potentially following restorative processes) for the offender (“offender”-oriented approach).

4.2. *Victim-offender mediation*

The most widespread encounter-based restorative practice in Europe is Victim-Offender Mediation (VOM). According to Council of Europe Recommendation No. R. (1999) 19, VOM implies «a 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)»⁶⁷.

Liebmann defines it as «a process in which an impartial third party helps two (or more) disputing parties to reach an agreement»⁶⁸. VOM essentially provides victim and offender with a safe, structured setting in which they can engage in a mediated discussion of the offence, and come to a mutual agreement on how the aftermath of the offence should be resolved. Taken together, the key variables that define a process as VOM are that offenders and victims participate voluntarily, are in agreement on the facts of the case and thus the distribution of roles in the process, and are provided a “safe environment” in which their encounter is impartially mediated by a third party⁶⁹.

⁶⁷ See COUNCIL OF EUROPE 1999.

⁶⁸ LIEBMANN 2007, 27.

⁶⁹ See for instance BAZEMORE/UMBREIT 2001.

As already indicated in *Section 2* above, there is a need for caution when dealing with the terms “reconciliation” and “victim-offender mediation”. Several countries in Europe make legislative provision for “reconciliation processes” or “reconciliation procedures”. This is the case for instance in *Greece, Lithuania* and *Slovakia* and as Non-EU-member states in *Montenegro, Serbia* and *Turkey*, where the person responsible for conducting the process of reconciliation is a prosecutor or a judge, which virtually negates any likelihood of *impartiality* on behalf of the “facilitator” of the process, particularly from the offender’s perspective. Similar concerns can be voiced regarding the use of (albeit specially trained) police officers in the context of restorative police cautioning in *Ireland, Northern Ireland* and *England and Wales*. Furthermore, from a legal perspective, in lots of Europe the term “reconciliation” is to be understood as an outcome – as in: the fact that victim and offender “have reconciled” – rather than the actual process through which that outcome was achieved. Accordingly, in many countries VOM is used as one of many possible means for achieving reconciliation.

In this section, we have sought to compile a general overview of how widespread VOM *services* are in Europe (not to be mistaken with there being nationwide *legislation* in theory). According to the national reports and the snap shots, services that offer VOM can be found in all countries covered in both studies with the exception of *Cyprus*, however with strongly varying degrees of national coverage. In fact, the number of countries in which all regions can provide VOM-services is in fact small (*Austria, Belgium, the Czech Republic, Denmark, Finland, Germany, Hungary, Latvia, Malta, the Netherlands, Norway* and *Poland*). The remaining countries, by contrast, have local or regional initiatives run by research teams, NGOs or state agencies in certain regions of the country, that vary significantly in their geographic scope.

VOM is linked to the criminal justice system in a number of ways throughout Europe. In most of Europe, access to VOM is determined through the discretionary decision-making of prosecutors, courts or other criminal justice agencies who refer “suitable” or “appropriate cases” in the context of their diversionary and sentencing powers, or who take previous VOM into consideration in the context of those powers.

Thus, in the interest of proportionality, in these countries there are usually statutory limits on the kinds of offences that can be referred to VOM, usually limited to offences that can attract a custodial sentence of up to three or five years, that are often applicable not only to VOM but to diversion in general.

In some countries, the law makes explicit mention of VOM as a means for diversion or as a court measure. In *Austria*, for example, VOM is one of several options within a pre-court and court diversion scheme for offenders of all ages (the other options being Community Service and probation). There, VOM can be applied in cases of offences for which the maximum penalty does not exceed five years, the offender has assumed responsibility for the offence and both parties voluntarily consent to the mediation process. Successful participation in VOM results in the case being closed. In others, VOM can enter into the criminal justice system as a means of achieving “settlement”, “agreement” or “reconciliation” in the context of legislative provisions governing diversion. For instance, in *Finland*, achieving reconciliation through mediation can be grounds for non-prosecution, court diversion or a mitigation of sentence. In *Romania*, VOM is applicable nationwide (for juveniles and adults) in cases of “complainant’s crimes” (so too in *Finland*), as well as certain minor crimes specified in the Mediation Act to which the provisions governing non-prosecution due to “reconciliation” apply. Furthermore, the prosecutor can waive prosecution in cases where a fine or imprisonment for up to seven years is provided and the offender has made efforts to remove or diminish the consequences of the offence.

However, not all countries in Europe condition access to VOM on the fulfilment of certain legal requirements/conditions (offence types, offence severity, offending history etc.) at certain stages of the process. Instead, a small handful of countries (*Belgium, Denmark, Finland, the Netherlands, Sweden* and *Romania* to a certain degree) follow a more victim-oriented approach to VOM. What stands out in these countries is that the use of VOM is not necessarily linked to the criminal procedure – instead, decision-makers (police, prosecutors and courts/judges) offer to victim and offender to refer them to mediation as a general service. The offender is usually not *guaranteed* the benefits of diversion or mit-

igation when VOM has been “successful”. In the majority of cases, criminal proceedings and sanctioning shall ensue for the offender, regardless of whether or not VOM ends in an agreement or whether that agreement is fulfilled.

In the *Netherlands*, for instance, VOM is provided nationwide as a service to all victims and offenders of all ages, regardless of offence severity. In *Denmark*, too, § 4 of the Code on VOM explicitly states that «VOM does not replace punishment or any other court decision as a consequence of a crime», but *can* be taken into consideration as a mitigating factor in sentencing. As in the *Netherlands*, the availability of VOM in *Denmark* is not dependent on the course of the criminal procedure. VOM can be applied before or after sentencing (or at any later date if the parties so desire) and is not subject to limitations in terms of eligible offences.

Overall, it can safely be stated that VOM is widespread in Europe when it comes the number of countries that actually provide for it. However, the spread of availability of actual VOM services in those countries varies tremendously, and is in fact geographically constrained in all but 14 out of 39 jurisdictions that provide them on a nationwide scale⁷⁰ (see *Table 4* below). In practice, VOM comes to be used in the context of resolving minor forms of criminality through diversion – only rarely are no legal limitations on eligible offences or offenders in place, and is predominantly used more in cases of young offenders, though provision for adults appears to be on the increase.

Table 4: Availability of providers of Victim Offender Mediation Services according to degree of geographic coverage

Country	Nationwide availability of VOM services	Regional availability of VOM services
Austria	X	
Belgium	X	
Bosnia and Herzegovina		X
Bulgaria		X
Croatia		X

⁷⁰ As it is demanded by Art. 3 of the Rec. (99) 19 on Mediation in Penal Matters: «Mediation in penal matters should be a generally available service».

Country	Nationwide availability of VOM services	Regional availability of VOM services
Cyprus		X
Czech Republic	X	
Denmark	X	
England and Wales		X
Estonia		X
Finland	X	
France		X
Germany	X	
Greece		X
Hungary	X	
Ireland		X
Italy		X
Latvia	X	
Lithuania		X
Luxembourg	X	
Macedonia	X	
Malta		X
Montenegro		X
The Netherlands	X	
Northern Ireland		X
Norway	X	
Poland	X	
Portugal		X
Romania		X
Russia		X
Scotland		X
Serbia		X
Slovakia		X
Slovenia		X
Spain		X
Sweden	X	
Switzerland		X
Turkey		X
Ukraine		X

4.3. Restorative conferencing

The model sought to develop a more culturally sensitive approach to offending, through placing particular emphasis upon the desirability of

including victims, offenders and communities in rectifying harm caused by criminal behaviour⁷¹.

In the following decades, this model served as a template for conferencing initiatives in Australia, the USA and Canada. As we shall see, so far it has gained entry to European criminal justice contexts to a lesser extent.

Just as is the case with the overall concept of RJ, finding a definition of conferencing that everyone agrees on is a difficult task. «[It is] indeed a very malleable mechanism and there are [...] as many types of conferencing as there are crimes or cultures»⁷². Rather, it is to be regarded as a process for resolving (criminal) conflicts that reflects certain values and ideals that recur in the vast majority of definitions and schemes in Europe and indeed all over the world. *Zinsstag/Teunkens/Pali* provide the following description of conferencing:

Painting with a broad brush, conferencing consists of a meeting, taking place after a referral due to an (criminal) offence. The condition [...] for it to happen is that the offender admits (or does not deny) guilt and takes responsibility for the crime. The meeting will be primarily between the offender, the victim (but it should never be an obligation for him/her), their supporters and a facilitator. Subsequently a number of other individuals may also take part, depending on the scheme or crime, such as a representative of the police, a social worker, a community worker, a lawyer etc. After a period of preparation, the assembly will sit together and discuss the crime and its consequences. They will try to find a just and acceptable outcome for all, with an agreement including a number of tasks to achieve for the offender in order to repair the harm committed to the victim, the community and society in general⁷³.

*Maxwell/Morris/Hayes*⁷⁴ state that conferencing

emphasizes addressing the offending and its consequences in meaningful ways, reconciling victims, offenders, and their communities through reaching agreements about how best to deal with the offending, and try-

⁷¹ DOAK/O'MAHONY 2011, 1,736.

⁷² ZINSSTAG/TEUNKENS/PALI 2011, 18; see also ZINSSTAG/VANFRAECHEM 2012.

⁷³ ZINSSTAG/TEUNKENS/PALI 2011, 18.

⁷⁴ MAXWELL/MORRIS/HAYES 2008, 92.

ing to reintegrate or reconnect both victims and offenders at the local community level through healing the harm and hurt caused by the offending and through taking steps to prevent its recurrence.

Thus, while mirroring key values of VOM, conferencing differs from VOM insofar as there is a much stronger focus on the community element of the conflict involved⁷⁵, not least represented by the great number of participants involved in the process⁷⁶.

In *Ireland*, conferencing is available in the juvenile justice systems at two stages. Firstly, since 2001, in the context of an elaborate police diversion scheme, young offenders aged under 18 can be referred to a restorative conference in the context of a “formal warning”. It should be noted that there are no formal legal restrictions to the types of offences that are eligible for such diversionary restorative conferences. They have in fact in the past been conducted for cases of robbery, sexual assault, arson and serious assaults. Instead, it is for the police to decide which cases are appropriate for diversion *per se*, and in turn which diversionary route they should take. Such decisions shall naturally take the public interest in prosecution into consideration. Where the offender assumes responsibility for the offence and voluntarily consents to participate in a conference, said conference is convened at the local police station, facilitated by a specially trained police officer. Parents, guardians, friends, supporters, social workers and representatives from local authority agencies (education, health for instance) are eligible conference participants, as are the victim and his/her family and supporters where the victim consents. Following exchange and discussion, the aim is for all participants to actively participate in the drafting of a conference plan. Where such a plan is agreed, the police drop the charge. Conference plans cannot be enforced. At the court-level, since the Children Act 2001, where a juvenile has not been diverted from prosecution, but a court considers that a conference may be appropriate, the Children Court may direct the Probation and Welfare Service to convene a family conference. As is the case with conferences at the police level, there are no restrictions on offences that are eligible for confer-

⁷⁵ O’MAHONY 2008.

⁷⁶ VAN NESS/STRONG 2010, 29; see also ZINSSTAG/VANFRAECHEM 2012.

encing, and the key requirement is that the offender accepts responsibility for the offence, i.e. there is agreement on the facts of the case. The circle of participants is the same as in the case of conferences at the police level, as is the outcome to which the process aspires (a conference plan). Court-ordered conferences differ from diversionary conferences though in that they are facilitated by specially trained probation workers rather than police officers. Furthermore, conference plans are subject to approval by the court, and non-compliance results in the re-initiation of court proceedings. Compliance with the plan results in dismissing the charge.

In *Northern Ireland*, a model of statutory youth conferences was introduced in 2002 following major criminal justice reform in the wake of the Good Friday Agreement of 1998 that sought to raise confidence and trust in the justice system following decades of sectarian and political violence⁷⁷. There, prosecutors can refer cases to the Youth Conference Service for a “diversionary youth conference” if the young person admits guilt and thus assumes responsibility for the offence and voluntarily consents to participate in the conferencing process. As light forms of criminality are targeted by the police diversion system, such diversionary conferences at the level of the prosecutor are intended for offences of a more increased severity and/or for offenders who have previously come into contact with the criminal justice system. At the court level, youth courts are statutorily obliged to refer young offenders who admit guilt and voluntarily consent to participate in the conferencing process to the Youth Conference Service for a so called “court-ordered youth conference.” In terms of offence severity, the only restrictions that apply are that offences carrying a mandatory life sentence when committed by adults, “grave crimes” (such that carry a maximum penalty of 14 year’s imprisonment or more when committed by an adult) and certain terrorist crimes are not automatically referred to conferencing. Overall, this allows for a rather wide range of offence severity to be referred to conferencing, one that is significantly wider than is provided for by the

⁷⁷ For an overview of the developments in the juvenile justice system in *Northern Ireland*, see O’MAHONY 2011; CHAPMAN 2012; 2017, 76 ff.; ZINSSTAG/CHAPMAN 2012; see for the implementing process of RJ also DIGNAN/LOWEY 2000; O’MAHONY/CHAPMAN/DOAK 2002; O’MAHONY/DOAK 2004.

principle of opportunity at the prosecutor's level in most countries that offer VOM.

In *England and Wales*, an approach has been adopted that at first glance appears to closely resembling the court-ordered conferences of *Northern Ireland*. In the context of so-called "Referral Orders" (introduced by the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999) youth courts are obliged to refer all young offenders who are convicted for the first time and who plead guilty to the offence(s) in question to a so called Youth Offender Panel. The panel, consisting of community volunteers, the offender, his/her family members and the victim (where the latter agrees), reflect on the offence and draft a Young Offender Contract in which it is stipulated how the offence should be responded to. Among other elements, these contracts entail the making of reparation to the victim (where the victim consents) or to the community, but also statutory supervision and other obligations and prohibitions. Failing to comply with the referral order is a punishable statutory offence. What makes the Referral Order problematic and thus compromises its truly restorative value is that victim participation appears to be a secondary consideration, with actual victims only attending in 13% of cases, and with reparation being made to the actual victim only in 8% of cases. Rather, *Jonathan Doak* points out in the *English* report that the Referral Order can be regarded as an example for a noticeable trend in parts of Europe, in that the label "Restorative Justice" is applied to measures and processes that in fact can only be marginally regarded as such, because the term sounds progressive and has come to be regarded as a "selling point" for new forms of intervention.

In *Belgium*, conferences can be recommended at the court level, albeit also limited to juveniles. Similar to *Northern Ireland*, in *Belgium* conferencing – besides mediation – is "considered to be the primary response to youth crime"⁷⁸. What stands out in *Belgium* though is that courts are obliged to offer conferences in all cases in which a victim has been identified regardless of offence severity. Likewise, successfully fulfilling any agreements stemming from the conference need not au-

⁷⁸ See the report on *Belgium* by AERTSEN in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015.

tomatically result in the case being closed or there being no further form of intervention that seeks to reflect public interest in how crimes are responded to. The focus is thus on providing the parties to the offence an opportunity to determine through voluntary participation and active involvement in the process how they feel their conflict should be resolved. If this outcome suffices to satisfy the public interest in how the offence is responded to, there need not be any further action on behalf of the state.

In the *Netherlands* “Own Strength” conferences are available nationwide, having first been initiated as a pilot project in the mid-90s. They are employed for the purpose of repairing harm, reintegrating offenders and reducing the likelihood of reoffending. There are no fixed limitations in terms of eligibility: in principal, anyone involved in a conflict can sign up for a conference, regardless of offence or age. The only true precondition is that both victim and perpetrator are willing to participate voluntarily. The circle of participants includes representatives of the social contexts of both victim and offender (i.e. friends, family members, teachers, social workers). The aim of the conference is that the participants actively and mutually agree on a conference plan or action plan, the fulfilment of which is monitored by the Own Strength Centre. What stands out about the approach used in the *Netherlands* is that, as is already the case with VOM, Own Strength Conferences, too, exist completely independently of the criminal law – conference outcomes usually have no bearing on the penal process, unless victim and offender mutually agree to forward the outcome of the conference to the judge, who then in turn has to decide on whether or not he/she takes that outcome into consideration at all. No promises about consequences for the penal process are made in order to secure the voluntariness and own initiative of the perpetrator. In this regard, the strategy followed in the *Netherlands* could be regarded as being a victim-oriented.

Moving from nationwide to local coverage, a number of pilot initiatives can be observed. In *Germany*, a pilot study initiated in 2006 in *Elmshorn* sought to provide a restorative practice at the court level that is applicable to more serious forms of offending by juveniles and young

adults, like assault, robbery, blackmail and burglary⁷⁹. The circle of participants is wider than in mediation – beside juvenile and young adult offenders, victims and community members as well as police officers are invited to participate. After charges have been filed, juvenile judges refer cases to conferencing that they consider appropriate, so long as the prosecutor agrees. In the course of the conference, victim and offender seek to find a mutual solution to the offence that is subjected discussion among all participants. If all participants agree, a written conference agreement is formulated and signed by all. This agreement is then forwarded to the judge and the prosecutor. They will be informed about the fulfilment of the agreement by the mediators. Where the agreement is fulfilled, either the case may be dropped or the court can consider it in sentencing as a mitigating circumstance⁸⁰. The conferencing model is based on the *New Zealand* model of Family Group Conferencing and the *Belgian* Conferencing model *Hergo* (*Herstelgericht Groepsoverleg*). The aim of conferencing in this model is to strengthen community relationships and to contribute to crime prevention.

A number of other pilots and local initiatives are still ongoing, and have in fact only been in place for a short period of time. In *Austria*, for instance, a two-year pilot has been underway since Spring of 2012 that seeks to provide different forms of conferencing for juvenile offenders and their victims: “reparation conferences” involving both victims and offenders; conferences without direct victim involvement but with other family and community representatives that seek to help juveniles in socially problematic situations; and conferences that seek to foster the reintegration of offenders following release from prison. The project is being carried out by the Institute for Criminal Law and Criminology at the University of Vienna and is evidence-based in that it is accompanied by continuous evaluation. In the report on *Poland*, too, mention is made of experimental conferencing schemes having been implemented in Warsaw. Here, too, first outcomes, experiences and evaluations have yet to be published, so it remains to be seen how they function in prac-

⁷⁹ See HAGEMANN 2009, 236 ff.

⁸⁰ See HAGEMANN 2009, 238 ff.; BLASER ET AL. 2008, 27 ff.

tice, and whether or not they may be expanded to a greater degree of geographical coverage in the (near) future.

The reports from *Hungary* and the *Netherlands* indicated that pilot projects have been introduced that seek to incorporate conferencing into the context of prisons and/or youth detention centres. In the *Netherlands*, conferencing was introduced in a juvenile detention centre for girls aged 12-24 years with severe conduct problems in 2002. In the course of the conferences, victim and offender along with supporters meet in person to have a restorative discourse. The focus is on this process itself, rather than on achieving an action plan or a particular outcome that is to be delivered.

In the *Ukraine* as a Non-EU-Member state, conferences have been introduced on an experimental basis in juvenile correctional facilities in *Lviv*. The main purpose of these circles was to familiarise juveniles with restorative approaches, to foster victim awareness and empathy, and support them in and facilitate their return to their families and communities. Victim participation is not foreseen in this model, but nonetheless the focus of the project and the outcomes it aspires to can be regarded as restorative practices.

In summary, according to the national reports at hand, forms of conferencing are a particularly rare breed in Europe, being stated in only 13 of the 39 national reports submitted in the two studies (see *Table 5*). This can to a certain degree be attributed to the fact that European international standards predominantly focus on mediation. In addition, compared to mediation, conferences are far more complex processes that can last for several sessions, as they (depending on the implementation of the scheme in question) seek to involve a significantly larger number of participants in the process. This makes the development of protocols and the effort involved in preparing conferences by far more time consuming (for all involved), and thus potentially more expensive than mediation. In turn, this may make it difficult to justify applying conferencing in minor cases.

Table 5: Countries providing forms of conferencing according to geographical availability

Country	Nationwide availability	Regional availability
Austria		X
Belgium	X	
England and Wales	(x)	
Germany		x
Hungary		x
Ireland	X	
Latvia		x
The Netherlands	X	
Northern Ireland	X	
Norway		x
Poland		x
Scotland		x
Ukraine		x

In fact, interestingly, the case studies presented above leave the general impression that conferencing is sought to be used in cases of more serious offending, and is thus, when it is provided for, frequently available as an option at the court level. Several countries reported that conferences were held for serious offences like robbery, sexual assault or burglary. Another clear commonality is the fact that, in practice, conferencing is predominantly used in the field of juvenile justice – only the *Netherlands* stated that conferencing was open to all age groups, and the *German* pilot in *Elmshorn* also included young adult offenders aged 18 to under 21⁸¹. This focus on young offenders is not least due to the perception that young people are more likely to carry a positive re-integrative influence from the process due to their continuing mental and social development, and the number of agents that (can) have a positive influence on them. In closing, research and experiences with conferencing from these countries and also overseas indicate that it is indeed a viable means for resolving criminal cases, as is underlined by

⁸¹ In Germany the scope of juvenile justice in general includes young adults, see DÜNKEL in DÜNKEL/GRZYWA/HORSFIELD/PRUIN 2011, 587 ff.; see for European developments in this regard PRUIN/DÜNKEL 2015; DÜNKEL 2015a.

high rates of participant satisfaction and promising rates of recidivism⁸².

4.4. *Peace-making circles*

One form of restorative practice that is even more seldom in Europe are so-called “peace-making circles”⁸³. A peace-making circle is an alternative, inclusive and non-hierarchical approach to conflict resolution that has its origins in ancient tribal conflict resolution rituals⁸⁴. *Canada* can be seen as the birthplace of peace-making circles, where First-Nation groups have used them for a long time as a means of resolving conflicts⁸⁵.

Compared to other restorative practices, peace-making circles aim to address even broader levels of harm by involving a larger spectrum of people affected by the crime committed⁸⁶.

The most important difference between the circle, the conferencing and mediation model is that in addition to communities of care, members of the wider community and state officials (police, prosecutors, probation officers etc.) are also present⁸⁷.

This serves to delineate circles from victim offender mediation, in which mediated discourse and exchange only occurs between the direct parties to the offence. Furthermore, a major difference between circles and conferencing lies in their differing foci. Conferencing tends to be implemented in a fashion that places particular emphasis on the family context. Peace-making circles by contrast seek to strongly and widely involving the community by actively involving representatives from various facets of social life in the circle meetings.

⁸² See *Section 7* below.

⁸³ See for instance LILLES 2001; RIEGER 2001; PRANIS/STUART/WEDGE 2003; STUART/PRANIS 2008.

⁸⁴ See GAVRIELIDES 2007, 34.

⁸⁵ See STUART/PRANIS 2008, 121; DHONDT ET AL. 2013; TÖRZS 2013.

⁸⁶ FELLEGI/SZEGŐ 2013, 9.

⁸⁷ TÖRZS 2013, 30 f.

“Modern” peace-making circles involve multiple procedural steps or phases, usually divided into “case selection”, “healing circles”, “sentencing circles” and “follow-up circles”⁸⁸. Usually, case selection occurs through cooperation between local justice agencies and community justice committees or panels. Once a case has been deemed appropriate for a circle, the next stage is the “healing circle”, at which the facts of what has happened are discussed, and all participants share their views and feelings.

If the discussion in the healing circle proves to be constructive, helpful and sincere, then a sentencing circle is formed for the discussion on the elements of a sentencing plan. After all parties have agreed a sentence, follow-up circles, in various intervals, are formed to monitor the progress of the offender⁸⁹.

Circles can tie in to the criminal process at virtually any stage, be it the pre-trial level or the court level.

In September 2011, under the leadership of the University of Tübingen, Germany, began an EU-funded action research project titled “How can Peacemaking Circles be implemented in countries governed by the ‘principle of legality’”⁹⁰? The two-year project, running from September 2011 to August 2013, sought to introduce local circle pilots in multiple regions in *Germany*, *Belgium*⁹¹ and *Hungary*⁹².

The project aimed at experimenting with [peace-making circles] in these three European countries, which have similar legal roots. Furthermore, the objective was to explore whether this method can be implemented into the European legal systems, and if so, how⁹³.

⁸⁸ See GAVRIELIDES 2007, 34 f.; see also FELLEGI/SZEGŐ 2013.

⁸⁹ GAVRIELIDES 2007, 35.

⁹⁰ For information on the project, see DHONDT ET AL. 2013; FELLEGI/SZEGŐ 2013; see also the Foresee website, at <http://www.foresee.hu/en/segedoldalak/news/592/bf41d09c06/5/>.

⁹¹ The responsible partner institution in *Belgium* is KU Leuven.

⁹² The *Hungarian* project partner is Foresee Research Group/National Institute of Criminology.

⁹³ FELLEGI/SZEGŐ 2013, 10.

In each country, the partner institutions entered into cooperation with local mediation service providers and established local collaborations in order to hold peace-making circles in criminal cases, and to simultaneously and retrospectively investigate whether and how such practices can be implemented in countries that are governed by the principle of legality and the rule of law⁹⁴.

Research results have been published⁹⁵. The circles in *Belgium* and *Hungary* addressed both juvenile and adult offenders, while the *German* project involved only juveniles and young adults in the peace-making circles. This is because in Germany, the local mediation provider was specialized in youth matters. A “Handbook for Facilitating Peacemaking Circles” has already been published based on the findings from the project⁹⁶. Furthermore, a follow-up study was planned, in which the circles shall be evaluated in terms of participant perceptions and attitudes among other issues.

4.5. Community Service

There is widespread provision in the juvenile and criminal justice systems of Europe for forms of community service, which is available everywhere in Europe in some form. In the context of the general criminal justice process, community service is used: 1) as a substitute sanction for adults or juveniles for cases of a specific severity in terms of the term of imprisonment defined by law (*Belgium, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Denmark, Estonia, Finland, France, Macedonia, Norway, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Switzerland*); 2) as an alternative sanction introduced as a stand-alone option with the aim of curbing custody or otherwise providing more “rehabilitative” responses to crime, particularly by young people (*England and Wales, the Czech Republic, Latvia, Lithuania, Macedonia, Scotland, Switzerland, North-*

⁹⁴ DHONDT ET AL. 2013.

⁹⁵ See WEITEKAMP 2015; the final research report is available at http://euforumrj.org/assets/upload/PMC_EU_2_Research_Report_Final_Version_RevVer-HJK.pdf and www.ifk.jura-uni-tuebingen.de.

⁹⁶ FELLEGI/SZEGÖ 2013.

ern Ireland)⁹⁷; and/or 3) as an educational/alternative measure in juvenile justice as a condition for diversion from prosecution or court punishment (*Austria, Belgium, Denmark, Finland, Germany, Latvia, Macedonia, Montenegro, the Netherlands, Norway, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden*).

In some countries, it is the primary form of intervention used for responding to the delinquency of juvenile offenders. For instance, in *Germany* in 2012, 40.9% of all court sanctions and measures handed down against 14 to 17-year-old juveniles and 18 to 20-year-old young adults were community service. In *Latvia*, in 2011 29% of all court sanctions were to community service. In *Switzerland*, 46.5% of all juvenile cases dealt with by prosecutors or courts ended in community service being ordered in 2010.

There is debate about whether or not there is a definition of RJ that can accommodate this practice. This debate was reflected in the course of the study, as it became clear that for a significant share of authors, community service did not fall within the definition of what they would term “restorative”, and thus did not warrant mention or further elaboration in their report (for instance *Austria, Belgium, England and Wales, Denmark, Ireland, Northern Ireland, Finland and Sweden*).

The definition of “restorative outcomes” contained in Article 3 of ECOSOC Resolution 2002/12 on Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters, states that community service could be the result of an agreement stemming from a restorative process. In practice, though, there are not many reports in which it was clearly or explicitly stated that community service is envisaged as an element of such agreements (only *Belgium, Bosnia and Herzegovina, Northern Ireland, Slovenia and Portugal* explicitly stated this). In *Spain, Latvia, Poland* and certain Cantons of *Switzerland*, community service can imply that the offender works for or to the benefit of the

⁹⁷ In *Cyprus* and *Malta*, it is provided as a condition of a probation order. In *Luxembourg*, under the Youth Protection Act principally only safeguarding, educational and protective measures can be applied to juveniles, and no penalties. The Youth Tribunal can, instead of applying reprimand, supervision or placement, decide that the juvenile remains at home and may impose the condition that the juvenile carries out philanthropic or educational work (Art. 1).

victim, which could fall within an outcome-oriented definition of RJ so long as the offender and victim voluntarily consent to it. In *Germany* and *Belgium*, destitute offenders who perform community service can be “remunerated” for their work via a special fund so that they are able to make financial reparation to their victims. In *Belgium*, the fund is sponsored by private donors on the one hand, and by province governments on the other. This way, the community is involved, not only by making means available to the offenders and the victims and by creating opportunities for voluntary work, but also by the operation of a committee that handles the requests for intervention by the compensation fund.

If we look at the kinds of work being performed in the context of community service, several countries state that it is done to the benefit of welfare or humanitarian institutions, charities or persons in need (for instance in *Belgium*, the *Czech Republic*, *Germany* or *Slovakia*). Such work is by all means meaningful, aims to reintegrate offenders and fosters a sense of responsibility towards the community, and can be regarded as a form of “community involvement” and delivery of reparation to the society at large. In a very widely drawn “outcome” oriented scope, such practices could be regarded as fulfilling restorative elements.

However, since such particular forms of work are not guaranteed in practice, and since it is frequently employed as a “voluntary” alternative to imprisonment or prosecution, the true degree of “voluntariness” – an essential characteristic of restorative thinking – can be questioned, as can its restorative value in general. «Therefore, in the Danish context there are zero grounds for even remotely considering [it] to be restorative in nature»⁹⁸. *András Csúri* (*Hungary*) stated that in practice community service is defined as an involuntary punitive measure. In *Norway*, community service is called “community punishment”, similar to the *Community Punishment Order* that had been available in *England and Wales* for juvenile offenders aged 16 or 17 up until its replacement in 2008 by the *Youth Rehabilitation Order*. The *Youth Rehabilitation*

⁹⁸ See the Danish report by STORGAARD in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015, 200.

Order is an example for menu-based sentencing, in which sentencers can select different requirements to be attached to the order. These requirements are distinguished into punitive, reparative, supervision and rehabilitative elements, and community service falls within the first category. The authors of the *Lithuanian* report stated that while community service

usually entails the cleaning of public green spaces, little is done for the victim and no restorative process is involved. While the work can be regarded as a service to the damaged community, overall community service in Lithuania can only sparingly be regarded as a form of restorative practice⁹⁹.

In essence, it needs to be borne in mind that, at least according to some commentators, like *Martin Wright* in 1991,

the central tenet of CS had originally lain in restorative thinking, with punitive elements of community service orders [...] [attending] its imposition [...] only as by-products of the offender's commitment of time and effort¹⁰⁰.

The restorative elements of this measure can be seen in the delivery of reparation to the community in which the offence occurred. This is a very abstract approach. If one applies a narrower lens, and conditions the restorative nature of an intervention on active participation and involvement of the direct parties to a criminal offence and the concept of "healing", then the number of countries in which community service can be regarded as restorative sinks to close to zero. The reintegrative effects that working for humanitarian or welfare institutions, people in need or charities can have, especially on young offenders, linked with the fact that the community receives reparation in return, nonetheless allows community service to be classified as a measure with great reparative and restorative potential, so long as it is implemented in the right ways for the right reasons.

⁹⁹ See the report on *Lithuania* by BIKELIS/SAKALAUSKAS in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015, 487.

¹⁰⁰ See WRIGHT 1991, 44.

4.6. Restorative Justice in prisons

Article 4 of *Council of Europe Recommendation Rec (99) 19* concerning Mediation in Penal Matters states that «mediation in penal matters should be available at all stages of the criminal justice process»¹⁰¹. Basic Principle 12 of *Council of Europe Recommendation Rec (2008) 11* makes a similar recommendation for juveniles and expands the scope to cover other forms of restorative practice. As serving sentence is by all means to be regarded as a stage of the criminal procedure, there is evidence that these recommendations are not being appropriately met in practice.

As mentioned above (see *Section 4.1*), only in 18 out of the 39 jurisdictions reference is made to RJ in the context of imprisonment (*Belgium, Bulgaria, Denmark, England and Wales, Finland, Germany, Hungary, Italy, Latvia, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Scotland, Switzerland, Russia, Spain, Ukraine*). The majority of countries in which RJ finds application in this context provide only localized pilot projects in individual institutions (*England and Wales, Germany, Bulgaria, France, Hungary, Latvia, Italy, the Netherlands, Norway, Poland, Scotland, Switzerland, Ukraine*). In many of these countries, little to no information has yet been published, as many projects are still in their infancy or were not accompanied by continuous evaluation.

This is somewhat disappointing, given that restorative practices can bear great potential for fostering responsibility and offender reintegration, putting victims at ease, and for defusing the otherwise harsh realities of prison life to make it more closely resemble life in freedom. Prisons and youth detention centres bear great potential for restorative practices, as they are in fact places characterized or even defined by conflict.

On the one hand, conflict is the defining characteristic of the prison population, in that all persons residing there have been in conflict with the state and its laws. Likewise, the conflict defines the role distribution between offenders and prison staff. From a practical perspective, since the big picture in Europe is that the use of restorative practices is pre-

¹⁰¹ COUNCIL OF EUROPE 1999.

dominantly limited to the sphere of diversion from court or punishment in most countries, offenders serving prison sentences and the persons they have harmed are unlikely to have had the opportunity to participate in a restorative process. This suggests that, while the conflict between offenders and the state has been resolved, the conflict between victim and imprisoned offender will frequently not have been.

Restorative practices like conferencing or VOM can serve as promising elements of sentence planning, release preparation and/or even as grounds justifying early release¹⁰². Victims can receive closure and peace of mind at the offender's upcoming release, and offenders can receive the opportunity to participate in measures that are promising means for their reintegration and future prospects, and for enhancing their accountability. Group conferences held prior to release, that involve family members, the victim, supporters, but also representatives of local authorities and social agencies (employment, education, housing, health) can strengthen the offender's release context and help generate important social ties and roles that promote the likelihood of successful reintegration.

Council of Europe Recommendation Rec. (2008) 11 states in Rule 79 that

regime activities shall aim at education, personal and social development, vocational training, rehabilitation and preparation for release. These may include: [...] programmes of restorative justice and making reparation for the offence.

The overall notion of this rule is essentially the need to incorporate a stronger victim-orientation into correctional settings and sentence planning¹⁰³. However, in practice, approaches to putting these words into action are greatly lacking¹⁰⁴. In *Poland*, *Portugal* and *Croatia*, legislative provision is indeed made for RJ to gain entry to penal institutions, but the provisions appear to be defunct in practice. In *Switzerland*, repa-

¹⁰² For an insightful overview, see VAN NESS 2007; for a summary on Restorative Justice in prisons see JOHNSTONE 2014; see also BARABÁS/FELLEGI/WINDT 2010.

¹⁰³ For some German insights, see for instance RÖSSNER/WULF 1984, p103 ff.; WALTHER 2002; GELBER 2012; GELBER/WALTHER 2013.

¹⁰⁴ HARTMANN ET AL. 2012.

ration is a mandatory element of sentence planning for adult offenders; however, no further provision is made in terms of how this should be achieved.

There are of course also positive examples. In *Portugal*, a legal reform in 2009 enshrined in statute that prisoners can participate, when they freely consent, in restorative justice programmes, in particular via mediation sessions with victims. The law goes on to state that prison administrators are free to enter into cooperation and partnerships with NGOs, universities and research institutes in order to develop programmes that aim to enhance empathy for victims and raise awareness to their needs. However, there is a lack of a commitment to restorative practices in the prison context despite the excellent statutory circumstances. According to the authors of the report on *Portugal*, this appears to be due above all to a lack of initiative on behalf of the prison administrators.

In *Belgium*¹⁰⁵, for example, in 2001 a pilot project for mediation between prisoners and their victims was initiated. It allowed for ‘mediation for redress’¹⁰⁶ services to be offered on request of the inmate, the victim or the victim’s family. The programme focused on serious crimes, including cases of rape, armed robbery and murder. In 2005, the legislative basis for mediation for redress was reformed, making mediation available in all prisons of the country. Overall, the statutory basis in *Belgium* states clear penological objectives: the underlying idea is that the execution of the prison sentence must support the rehabilitation of the offender but also the restoration towards the victim.

In *Germany*¹⁰⁷, some Penitentiary Codes of the *Länder* (the German federal states) make provision for victim-oriented, reparative and reflective measures to play a more prominent role in individual sentence and regime planning. For instance, § 2 Subpara. 5 in Book 3 of the Code on the Execution of Prison Sentences of the Federal State of Baden-Württemberg states that, in order to rehabilitate and successfully reintegrate the offender, steps shall be taken to foster understanding of

¹⁰⁵ See also AERTSEN 2005; GELBER 2012.

¹⁰⁶ For what “mediation for redress” implies, see the report on *Belgium* by AERTSEN in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015, 50 ff.

¹⁰⁷ See HAGEMANN 2003.

the harm that the offence has caused to the victim and to provide measures via which reparation can be made or reconciliation can be achieved. The Code on the Execution of Prison Sentences of the Federal State of Brandenburg makes similar provision in its § 3 Subpara. 1. § 8 Subpara. 1 of the Code on the Execution of Prison Sentences of the Federal State of Thuringia, in defining fundamental principles for the execution of adult and juvenile prison sentences, states that the execution of prison sentences shall be designed in a fashion that offenders come to face and actively address their offending behaviour and its harmful consequences. More recently, an EU-funded international research project has been initiated by the “Schleswig-Holstein Association for Social Responsibility in Criminal Justice, Victim and Offender Treatment”¹⁰⁸. The project is titled “restorative justice at post-sentencing level supporting and protecting victims” and has run from 1 January 2013 to 31 December 2014. The aim of this action research is to find effective, context-specific ways to improve the standing and rights of victims by providing a strong victim orientation to restorative practices in prison. «Action research methodology enables a creative search for the best possible implementation of RJ methods at prison settings for diversity of cases and within different legal and institutional frameworks»¹⁰⁹.

Furthermore,

action planning will reveal which RJ method is most suitable for the setting of individual institutions and partner countries. These can include pilot projects of victim offender mediation, conferencing, victim empathy training, victim groups, guided visits for victims in prison, victim offender dialog and other methods or a combination of these. These will be qualitative evaluated through observation and guided interviews with victims, aiming at further in-depth knowledge on their needs and expectations.

Results are not yet published.

In the federal state of Baden-Württemberg a pilot project of victim-offender mediation with prisoners in four prisons has started in 2013.

¹⁰⁸ See the project website at: <http://www.rjustice.eu/en/about2.html>.

¹⁰⁹ See the project website at: <http://www.rjustice.eu/en/about2.html>.

The evaluation of *Kilchling* (2017) after one revealed that a small group of offenders could be motivated to get into contact with the victim and that the interactions were seen as positive by both sides¹¹⁰.

Particularly interesting experiences have been reported from *England and Wales*. There, the notion of “restorative prisons” was examined in a project run by *King’s College London* from 2000-2004¹¹¹. The focus of this project lay in services that prisoners can provide to the local community of which the prison is a part, for instance in the form of community work/service, in order to give something back to the community, to make reparation, in a positive and constructive manner. The notion of connecting correctional institutions to their local communities has been further developed in parts of the *United States* and to a certain degree in *England and Wales* with the “justice reinvestment model”. This approach seeks to enable local communities that bear a certain responsibility for “their” prisons, to autonomously design and provide alternative sentencing programmes in order to save costs on imprisonment¹¹².

On the other hand, prisons are places with great potential for *internal* conflict, either among inmates or between inmates and prison staff. Restorative justice can serve to provide an alternative route for resolving disciplinary issues and even as a channel for prisoners’ involvement and representation in internal decision-making processes on issues that affect the entire prison community, and can foster a prison climate that is based less on behaving correctly out of fear of reprisal and punishment, and more on a mutual understanding of community needs¹¹³. Developing such an understanding can in turn carry over into life in freedom upon release.

Rule 56.2 of the *European Prison Rules* states that «whenever possible, prison authorities shall use mechanisms of restoration and mediation to resolve disputes with and among prisoners». Rule Nr. 94.1 of

¹¹⁰ The main problem was to get into contact with the victims, whose residence was often unknown (40 out of 91 cases). Only 11% of the victims explicitly refused to participate, see KILCHLING 2017, 49.

¹¹¹ STERN 2005.

¹¹² See ALLEN/STERN 2007; BROWN ET AL. 2016.

¹¹³ See JOHNSTONE 2007; EDGAR/NEWELL 2006.

Council of Europe Recommendation Rec. (2008) 11 goes on to state that

disciplinary procedures shall be mechanisms of last resort. Restorative conflict resolution and educational interaction with the aim of norm validation shall be given priority over formal disciplinary hearings and punishments.

This approach is reflected in nearly all Codes on the Execution of Juvenile Prison Sentences of the German *Länder*, in that, in resolving disciplinary issues, an educational, restorative procedure is provided that should be prioritized over formal disciplinary measures and processes¹¹⁴.

Again in *Belgium*, in 1998 the criminological institutes of the universities of Leuven and Liège initiated a pilot project in six prisons in order to develop a restorative justice approach to be applied during the administration of prison sentences¹¹⁵. The most important element of the project was the appointment of a full time “restorative justice advisor” in each prison, operating at the level of the prison management, whose task was to support the development of a culture, skills and programmes within the prison system which give room to the victims’ needs and restorative solutions. Examples of actions were the training of prison officers and other staff and the development of specific programmes in prison in cooperation with external agencies such as victim support and mediation services. The approach was expanded to all prisons in 2000. However, in 2008 the Ministry of Justice for reasons unknown unexpectedly abolished the function of the restorative justice advisor.

In *Scotland*, restorative approaches have been used to assist in prisoner-to-prisoner problems, arguments and bullying in a prison for women offenders. Their value lies in their appropriateness for resolving inter-prisoner disputes without having to resort to ordinary disciplinary sanctions. Where a conflict of such type occurs, the parties can be referred to a facilitated meeting that seeks to identify the facts of what has

¹¹⁴ See in detail FABER 2014; see also KÜHL 2012, 252 ff.

¹¹⁵ ROBERT/PETERS 2003; AERTSEN 2005.

happened, the consequences in terms of harm and how to stop it happening again in the future. This practice aims at outcomes that go beyond mere apologies and thus implies the drafting of an action plan to this effect. Part of the motivation behind this approach also lies in seeking to better meet the needs of women prisoners identified as “aggressors” or “offenders” in such cases, as they themselves are often vulnerable and have a history of victimisation. Thus,

a bullying strategy based on demeaning the bully, trying to identify them, or taking privileges away seems ineffective and potentially damaging to the self-esteem of women who are already vulnerable. Interventions need to start early in induction and be focused on how bullying makes people feel rather than what will be ‘taken off you’ if you engage in it¹¹⁶.

It needs to be borne in mind that the development of restorative practices in prisons will need to take the obstacles into account that are intrinsic to the prison setting, namely a lack of trust and strict hierarchies, and the consequences restorative practices can have on these *vice versa*. Likewise, there is a need for caution in bringing RJ into the context of imprisonment, an institution with a focus on “inflicting pain” on those who experience it¹¹⁷. There is the danger that, by providing restorative justice and practices within penal institutions, one legitimizes imprisonment, making imprisonment more attractive for decision-makers. At the same time,

a purist refusal to pursue restorative justice in prisons will result, it is suggested, in a restriction of restorative justice to less serious crimes where it would operate as an alternative, not to imprisonment, but to some other non-custodial sanction¹¹⁸.

Restorative approaches are not an end in itself and need to be seen as part of a whole systems approach or support programme for individual prisoners. Nonetheless, serious thought should be put towards re-

¹¹⁶ BROOKES 2006.

¹¹⁷ EDGAR/NEWELL 2006, 22 f.

¹¹⁸ JOHNSTONE 2007, 17.

forming prison legislation in a fashion that requires the serving of sentence to be planned in a fashion that places the interests of victims, making amends and inclusionary conflict resolution practices more in the foreground¹¹⁹.

4.7. Summary

In summary, when looking at the landscape of RJ and mediation in penal matters today, what becomes clear on first sight is that manifestations of restorative thinking can be found all over Europe. The most common form of restorative practice from an “encounter”-based perspective is VOM. However, it has been implemented in a plethora of different ways to significantly varying degrees of geographical coverage and thus availability¹²⁰. While 38 of 39 countries covered in both studies made reference to the existence of VOM services in their countries at all (*Cyprus* being the exception), only *Austria*, *Belgium*, the *Czech Republic*, *Denmark*, *Finland*, *Germany*, *Hungary*, *Latvia*, *Malta*, the *Netherlands* and *Poland* provide nationwide service coverage, as does *Norway* (non-EU). In other countries, for instance the non-EU countries *Switzerland* and *Bosnia and Herzegovina*, availability and provisions are different in the different entities that constitute the Federal State. In the vast majority of the remaining jurisdictions, VOM services gain access to the criminal procedure via local and regional partnerships between local service providers (be they government agencies, NGOs or research-teams involved in local projects), and local criminal justice authorities that latch onto the procedure at key stages of decision-making, most prominently in the context of diversion. According-

¹¹⁹ An interesting approach could be the re-entry circles as they have been developed in Hawaii, the so-called Hawai'i Huikahi circles, which enshrine restorative justice values in the re-entry planning and a three years after-care support. The effects are described as positive with a recidivism rate of 43% versus 58% of the control group (offenders who had applied for such circles, but finally could not participate), see WALKER/DAVIDSON 2019, 272 ff.

¹²⁰ This is a confirmation of findings from previous research into VOM in Europe, see for instance PELIKAN/TRENCZEK 2008; MIERS/WILLEMSSENS 2004; MESTITZ/GHETTI 2005; AERTSEN ET AL. 2004.

ly, VOM is regarded as an appropriate practice in cases of less severe offending in most of Europe.

In some countries, the “void” of RJ beyond the pre-court level is filled with conferencing initiatives that are applicable to offences of a greater (or sometimes undefined) severity. However, in contrast to VOM, forms of conferencing are more seldom. Only the reports from *Austria, Belgium, England and Wales, Germany, Hungary, Ireland, Latvia, Northern Ireland, the Netherlands, Norway, Poland, Scotland* and *Ukraine* referred to there having been experiences with conferencing at any level. Nationwide statutory programmes, though, are only provided for in *Belgium, the Netherlands, Ireland, Northern Ireland* and *England and Wales*. In the remaining jurisdictions, conferencing – like VOM – latches on to the criminal process at key points of diversionary decision-making.

Virtually all countries covered in the general Greifswald study (*Düinkel/Grzywa-Holten/Horsfield* 2015) and in the juvenile justice-oriented study in EU-member states (*Düinkel/Horsfield/Păroşanu* 2015) on which it is based make legislative provision for the making of reparation or putting right the harm caused by the offence to factor into administrative and judicial decision-making. This occurs most notably at the level of prosecutorial/pre-court diversion, but also (albeit less widespread) in the context of court diversion and sentence mitigation. In some jurisdictions, reference is made to “achieving reconciliation”; others refer to “making reparation” or “effective repentance” as grounds for non-prosecution, non-conviction or sentence mitigation. Thus, overall, “access-points” through which made or making reparation (via any means, including restorative practices like VOM and conferencing) can enter into the equation are widespread in Europe, thus providing a great deal of potential for the use of RJ to be expanded in practice as – to date – in most of Europe, provision of VOM and conferencing services is geographically constrained.

Community Service is available in the vast majority of countries in Europe, both within and outside the EU. However, only a select few examples can be regarded as actually having a restorative nature (in that Community Service is performed directly for the victim, a restorative process is involved in determining the kind of work, work is done for

welfare or charitable organisations, participation is truly voluntary, work is performed in a non-stigmatizing fashion etc.). At the same time, it needs to be borne in mind that Community Service was initially conceptualized as a restorative practice, and that making reparation to the community at large can indeed be implemented in a fashion that reflect restorative justice values. We return to the potentials of Community Service as a means for increasing the role of RJ in practice in *Section 8.2* below.

A new upcoming approach is to implement RJ-strategies in prisons either to resolve conflicts emerging inside the institution or to encourage offenders to make reparation or even to enter in mediation processes with their victims. A more therapeutic approach in this context is to increase empathy for victims as a rehabilitative measure in order to prevent further victimisation. This can be supported by meetings of victims (not necessarily the own victims) and offenders¹²¹.

5. Organisational structures

As has become clear from the elaborations in the preceding subchapter, there is indeed a great degree of variation in terms of how restorative measures have been implemented in detail, for instance with regard to the procedures that are in place for referrals between the agencies and services involved, the providers of restorative services, the training and eligibility criteria for mediators/facilitators and the degree of geographical service coverage.

Looking at VOM, there appears to be little uniformity in Europe regarding the agency or body that is responsible for providing the service infrastructure. In *Belgium* this is done by NGOs, while in *Austria* (NEUSTART), the *Czech Republic*, *Latvia* and *Malta* for instance, this is a task of the probation services. Yet other countries have placed the responsibility for providing VOM in the hands of the social services, like in *Finland* and *Estonia*, or of private services like SiB in the *Neth-*

¹²¹ An impressive film project on that issue was the 2015 released movie “Beyond Punishment”, produced by *Hubertus Siegel*, see www.beyondpunishment.de.

erlands. Finally, some countries (most prominently *Germany*) apply a mixture thereof. VOM providers, which are specialized in youth matters, are established in a few countries, like in *Germany*, however, in most countries the responsible body or agency offers mediation both for adults and juveniles.

Furthermore, there are differences regarding the status of the mediators – they might be volunteers with training like in *Denmark* or *Finland*, professionals like in *Austria*, *Croatia*, the *Netherlands*, trained probation officers like in *Czech Republic*, *Hungary*, *Latvia* and *Slovakia* or a mix thereof. In *Belgium*, mediators are generally full or part time professionals and to a small extent volunteers who receive coaching by professional mediators.

Regarding the professional background of mediators, in most countries a background in the fields of education, social work, sociology, psychology or law can be found. There are noteworthy differences regarding the regulation of the qualification of mediators. While in some countries, a university degree for mediators is required, for instance in *Czech Republic*, *Romania*, *Slovenia*, *Slovakia*, in other countries there is no restricted access to the profession of the mediator, for instance in *Denmark*, *Finland* or *Germany*. In most countries, mediators receive initial training and further in depth training on mediation in order to perform their work. In *Austria*, in-depth and long-lasting training provides for high quality standards with respect to the mediator profession. Emphasis is put on interchange and learning from experience while being trained as a mediator. The training programme takes four years overall and is divided into basic training and a further training programme for becoming a certified mediator, both parts including theoretical and practical aspects.

In order to promote unitary practices and to ensure quality standards regarding the mediation procedure and the profession of the mediators, some countries like *Latvia* or *Romania* have established Mediation Councils. These associations are in charge with authorizing mediators and maintain a list of certified mediators. In *Poland*, VOM providers, either institutions delivering mediation services (principally NGOs) or individual mediators (so-called “trustworthy persons” with specific

qualifications) need to be listed in the register of the District Court in order to carry out mediation.

Moreover, the spread of availability of actual VOM services in those countries varies tremendously, and is in fact geographically constrained in all but a handful that provide them on a nationwide scale. As described in *Section 4.2* above, the number of countries in which all regions can provide VOM-services is small (*Austria, Belgium, the Czech Republic, Denmark, Finland, Germany, Hungary, Latvia, Malta, the Netherlands, Norway and Poland*). In the remaining countries, have local or regional initiatives are in place, run by research teams, NGOs or state agencies in certain regions of the country, with significant variation in term of geographic coverage.

In terms of participants of VOM, there are differences with respect to the presence of a third party that may attend the mediation sessions. Regarding the role of parents or other legal representatives, in some countries it is regulated that the parents of the juvenile must participate in VOM like in *Slovenia*, while other stipulate that participation of parents or other legal representatives is optional like in *Finland, Germany and Poland*.

In contrast to VOM, conferences involve a larger number of participants from the victim's and the offender's side, but also from the community, such as police officers, social workers, teachers, and representatives from the education and health systems. This is an apparent point of consensus in European conferencing implementations, which is no surprise as involving more people is inherent to the conferencing model. The *English* referral order also involves community volunteers in the process. However, due to the reservations as to the "restorativeness" of this measure and in how far it resembles actual conferencing (see *Section 4.3* above), the referral order is not highlighted any further in this Section.

As already stated above in *Section 4.3*, what the conferencing approaches in Europe also all have in common is that they (also) seek to target cases of more serious offending. In *Belgium, Ireland* and the *Netherlands*, there no restrictions as to offence severity; in *Northern Ireland* only the most serious cases like murder, manslaughter and terrorist offences are not automatically eligible for a youth conference.

The *German* pilot project in Elmshorn also explicitly targets serious crimes.

Accordingly, conferencing is mostly applied at the court-level (insofar as conferencing is linked directly to and mandatorily has effects on the criminal procedure, see below). In *Ireland*, conferencing is available both in the context of police diversion and at the court-level. At the police level, if the offender assumes responsibility for the offence and voluntarily consents to participate in a conference, said conference is convened at the local police station, facilitated by a specially trained police officer. Following exchange and discussion, the aim is for all participants to actively participating in the drafting of a conference plan. Where such a plan is agreed, the police drop the charge. Court-ordered conferences differ from diversionary conferences though in that specially trained probation workers rather than police officers facilitate them.

The framework is similar in *Northern Ireland*, where there are also both diversionary and court-ordered youth conferences that are directly linked to the criminal process. However, there, conferences are mandatory at the court level except for the most serious offences, while this is not the case in *Ireland*. In *Belgium*, conferences and VOM must be offered in all cases in which a victim has been identified, regardless of the severity or nature of the crime. Unlike the situation in *Ireland* and *Northern Ireland*, where successful fulfilment of conference plans results in closure of the case in some way or another, the *Dutch* own strength conferences can be applied for completely independently from the criminal proceedings, and conference outcomes usually have no bearing on the penal process. The situation is similar in *Belgium*: fulfilling conference agreements does not automatically have effects on the criminal process in terms of diversion or sentence mitigation. If the outcome of conferencing satisfies the public interest in how the offence is responded to, there *need* not be any further action on behalf of the state, i.e. the outcome *can* be considered when making decisions as to the course of proceedings and sentencing.

Conferences may be conducted by specially trained independent coordinators (the *Netherlands*), employees of public services (*Belgium*, *Ireland*) like the probation service (*Ireland*), youth assistance services

or specially founded conferencing services (*Northern Ireland*) or by specially trained police officers (also *Ireland*). In *Northern Ireland*, facilitators who are employees of the special Youth Conferencing Service conduct all conferences (both diversionary and court-ordered). In *Ireland*, specially trained probation workers from the Probation and Welfare Service deliver court-ordered conferences. In the *Netherlands*, the so-called “real justice” or “own strength conferences” are provided by “Own Strength Centres”, which are run by Eigen Kracht Centrale, a subsidized private organization. Facilitators are instructed coordinators who follow the “real justice script”. In the majority of pilot projects stated in *Section 4.3* above, services are provided at the local level by NGOs (*Poland, Ukraine*) and research groups that include trained facilitators (*Germany, Hungary*), which is understandable given the fact that they are projects that are seeking to add conferencing to an already existing juvenile justice system that thus naturally provides no dedicated state-run infrastructures.

Overall, it can be said that implementation strategies are rather heterogeneous when one looks at the details. As shall also become clear in the further course of this paper, the same applies to the use of these measures in practice. It is not possible to precisely pinpoint whether it is “better” to use professionals or volunteers as facilitators/mediators, or whether to place responsibility for providing services in the hands of state agencies (like the probation service or child support services), NGOs or private organisations. Good experiences have been made and difficulties have been encountered with all of these approaches throughout Europe. As shall become clear in the later analysis, rather than attempting to superimpose a detailed one-size-fits-all strategy, it is vital that implementations of RJ take into account and are tailored to the context in which they are applied.

6. *Restorative Justice in criminal justice practice*

As already elaborated in *Section 2* above, in some countries restorative initiatives and/or legislation were introduced primarily as a means of providing alternative procedures and measures in the context of gen-

eral criminal justice and particularly juvenile justice reform. In others, strengthening the role of victims and reinforcing their rights was the primary driving force. Therefore, the theoretical, ideological role that RJ plays is largely defined by the driving factors behind its introduction, which in turn – despite clear signs of overlap throughout Europe – are dependent on the national context. Accordingly, as we have seen in *Section 3*, the forms of RJ that are available, the ways they have been implemented, how they are connected to the criminal procedure (if at all) and their effects on that process (if any) vary significantly throughout Europe. The same degree of variation can also be observed regarding the extent to which restorative justice initiatives or measures play a quantitative role in the context of criminal justice practice.

In the following subchapters, we investigate the available quantitative data and show the role that RJ plays in practice in numerical, quantitative terms (*Sections 6.1* and *6.2*) and how these figures have developed over time (*Section 6.3*). Prior to doing so, however, it is important to consider the problems that exist in measuring the use and role of restorative justice in practice (*Section 6.1*). Data refer not only to juveniles, but also to adults or in general, as specific data on juveniles are not always available and painting a wider, more complete picture of the use of RJ in practice is by all means sensible, since the use of RJ with adults in practice is an important contextual factor, as it is indicative of a general acceptance (or lack thereof) of the notion of RJ and what it can offer. Respective age differentiations are made throughout. We also refer to the nine European Non-EU-member states included in the research by *Düinkel/Grzywa-Holten/Horsfield 2015*, as some of the difficulties of “measuring” can be best exemplified in countries that have just recently begun reforming their (juvenile) justice systems and introducing restorative justice measures.

6.1. Problems with measuring the role of Restorative Justice in criminal justice practice

Measuring the role that restorative processes, practices and outcomes play in the context of criminal justice practice (in terms of case numbers, and the share they make up of all recorded responses to of-

fending) is not a straightforward task¹²². First and foremost, many authors in the study reported that, in their countries, the state of official statistical data sources is fragmented (*Switzerland, Germany, England and Wales, Ireland, Spain*) or entirely lacking (for instance *Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Denmark, Greece, Italy, Macedonia, Norway, Romania, Scotland and Turkey*). Where official statistical sources are available, the role of RJ can be reflected in such data sources only difficultly. Sometimes all that is registered in official justice statistics is the legal provision that is applied (forms of diversion from prosecution, court or sentencing that can have restorative elements attached as conditions), while the conditions that were attached to that decision (for instance, that reparation be made, community service be rendered, or VOM be undertaken) are not. Equally, statistics do not record the mitigating factors that courts take into account in sentencing. This issue is particularly pronounced when the definition of RJ is drawn widely to include the making of reparation or the delivery of restitution to victims without the involvement of a restorative process, as in such cases – unless reparation is made in the context of a statutory intervention or there are special reparation schemes in place whose performance is monitored – reparation as a means of achieving reconciliation often occurs in an entirely unregulated and informal fashion that cannot be measured. Or rather: how reconciliation was achieved, whether reparation was made, is rarely statistically discernible.

In interpreting the available data, the degree of “coverage” always has to be borne in mind. For instance, in many countries the legal “access point” (for instance prosecutorial discretion to drop the case in certain circumstances) is available nationwide, but providers of RJ or VOM services have only been established in certain regions of the country (for instance in *Bulgaria, Croatia, Ireland, Montenegro, Serbia, Russia* and the *Ukraine*). An example for a need of caution in interpreting data is *Russia*, where 20% of all court cases were dropped due to successful “reconciliation” in 2011 (200.000 in absolute figures). In practice, however, victim-offender mediation or other processes em-

¹²² See MIERS/WILLEMSSENS 2004, 155 ff., WILLEMSSENS 2008, 22 ff. and PIG-GOTT/WOOD 2019, 367 ff. for some challenges in “measuring” RJ in practice.

ploying impartial facilitators are used only very rarely, as their availability is limited to certain geographical or administrative regions.

In practice, unless provided by a monitored state service, the task of counting the frequency to which *restorative processes* like VOM played a role in a case would come down to the service providers of the respective processes in the context of monitoring their own performance¹²³. However, in their data they do not always differentiate between the authority or body making the referral or the legislative basis that the referral was based on. Where there are different providers involved, it becomes less likely that the picture is precise, complete, or even comparable in itself as they may count in different ways (number of referrals, number of sessions, number of offenders, number of victims etc.). In *Belgium* for instance, depending on the programme, “cases” are counted on the basis of the number of offenders involved, the number of victim-offender relations, or the number of judicial files. Keeping elaborate statistics is a costly undertaking that many smaller VOM initiatives/programmes might have difficulties bearing in the long term.

In some countries, all that is available in terms of data are results from accompanying research or studies linked to individual pilot projects or the like, often dating back a number of years to the beginnings of RJ in the country. For example, in *Denmark* the last study providing a respective insight stated that from 1998 to 2002 there were on average only 40 cases of VOM each year. In *Norway*, the most recent data available are from 2001. Considering the pace of development and expansion in the field of RJ, it is quite possible that the state of affairs will well have changed in the meantime.

Finally, the figures provided – whatever the source – do little to give a sense of the true extent to which RJ is used – they are seldom refined to take into account the total population of the country, the total number of offenders brought to justice etc. Therefore, just because an absolute number is high in international comparison, it need not be an indicator for RJ being used more to its full potential. 11,953 successful mediations in *France* (with a 2008 population of over 63 million) do not have

¹²³ In this regard, see VANFRAECHEM/AERTSEN 2010, 273.

the same weight as 2,600 successful mediations in *Slovakia* (with an estimated population of about 5.5 million). Likewise, while 2,469 referrals of juveniles to VOM by the courts sound like a promising number for less greatly populated countries, in *Germany* it accounted for only 2% of all court sentences in 2011.

6.2. *Data on the quantitative use of restorative justice in practice*

With these shortcomings in mind, overall it can be said that, both for adults and for juveniles, RJ plays a major role in the criminal justice practice of only a small handful of countries¹²⁴. In terms of restorative measures that seek the making of reparation to the victim or the community (an “outcome”-oriented definition of RJ), the statistical situation is bleak (as already explained above). Where data are available, they predominantly cover statutory interventions, most frequently community service. Due to this and the conceptual reservations towards community service stated in *Section 4.5* above, the number of reports in which data on the use of community service in practice were provided was very small. What can be said, based on the data available, is that in many countries it is used predominantly in the context of juvenile justice. In some, it is the primary form of intervention used for responding to the delinquency of juvenile offenders. For instance, in *Germany* in 2010, 43.8% of all court sanctions and measures handed down against juveniles and young adults were community service. At the same time, its availability for adults (aged 21 and over) is limited to being an alternative sanction for fine-defaulters in order to avoid imprisonment as substitute sanction. In *Latvia*, in 2011 29% of all sanctions against youth were to community service. In *Switzerland*, 46.5% of all juvenile cases dealt with by prosecutors or courts ended in community service being ordered in 2010, compared to just 4.3% among adults.

In terms of restorative processes, the clear leaders are *Finland* – where 9,248 adult offenders and 4,311 persons under the age of 18 (including persons under the age of criminal responsibility (!)) were referred to VOM in 2011 – and *France*, where 11,953 adult offenders

¹²⁴ See for the following data DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015, 1059 ff.

successfully participated in VOM in 2010, and 1,294 juveniles did so in 2009 (plus an additional 9,383 reparation orders). Naturally, *Russia's* 200,000 cases that were dropped due to “successful reconciliation between victim and offender” in 2011 would easily trump the Finish efforts, but as already stated above, the share of those cases that actually involved a restorative process cannot be ascertained and is likely to be rather low considering the restriction of VOM service providers to only a few regions of a very large country. Similar reservations (speaking from a “process”-oriented definition of RJ) regarding the restorative value of the process apply to the 5,622 cases of “reconciliation” in *Lithuania* in 2012. These figures could, however, imply a large number of cases in which reparation was delivered, which according to a wide definition of RJ would be an indicator for a more central role.

In *Austria* (estimated 2008 population: 8.5 million), 6,181 adults and 1,286 juveniles were referred to mediation in 2010 – roughly 5-6% of all juveniles who come to the attention of the prosecution service are referred to VOM. In *Belgium*, about 5,500 juveniles were referred to mediation services in 2011, a further 153 were referred to conferencing by the courts. More than 2,300 adults were referred to mediation in the context of “penal mediation provisions”, and a further 3,200 cases were referred to mediation for redress (about 700 of which while the offender was serving a prison sentence). In *Germany* (about 82 million inhabitants in 2008), 2% of all youth court interventions in 2011 were referrals to VOM (2,500 in absolute terms), and a further 3.2% were Reparation Measures. Data on pre-trial referrals are however not recorded, implying that the role VOM plays in *Germany* is higher than the statistics suggest. In *Norway* (about 2.2 million inhabitants in 2008), about two thousand young offenders are referred to VOM each year. By contrast, only about 1/10th that number of adults are referred. In *Hungary*, (with an estimated total population in 2008 of 10 million) 3,874 referrals of adults to mediation, and a further 370 juveniles were recorded. In *Slovenia* (2 million in 2008 approx.), in 2011, 1,532 adult offenders and 88 juvenile offenders were referred to mediation. In *Latvia*, a country with a population of around 2.2 million, 450 VOM referrals were made in the first half of 2013. The report from *Slovakia* (with a population of roughly 5.5 million in 2008) stated that 2,600 VOM referrals were

made in 2009. 417 referrals to VOM were recorded in *Estonia* (estimated population of 1.3 million in 2008) in 2011, accounting for 8% of all cases of prosecutorial diversion in that year. The authors from the *Netherlands* (estimated population of 16.5 million in 2008) presented data indicating that in 2011 about 50 restorative conferences and 1,100 VOMs were conducted with young offenders. *Poland* (about 38 million inhabitants in 2008) reported of 3,604 cases of VOM in 2011, and in the *Czech Republic* 1,200 cases of VOM were reported (accounting for 3.5% of all diversionary decisions), which appears rather low considering the nationwide provision of services and the population of roughly 10 million people. In *England and Wales*, 33% of all court sanctions are “Referral Orders”. The “Referral Order” implies the referral of young offenders who are convicted for the first time upon a guilty plea to a Youth Offender Panel comprising community volunteers, the offender, the victim and other supporters of the parties, who together draft a “contract” that outlines how to respond to the offence and how the offender can make amends. However, speaking in a narrow sense, the restorative value of the *Referral Order* remains to be discussed, with a victim participation rate of only 12% and only 7% of agreed reparation actually being made to the direct victim.

In the remainder of the countries who were able to provide data, regardless of the source, the annual caseloads are at best in the very low hundreds, and not representative for the whole country due to the localized availability of VOM and other restorative processes/practices. However, the picture remains that they are used only sparingly, or rather, not to their full quantitative potential. While no data are available in *Bosnia and Herzegovina*, *Bulgaria*, *Croatia*, *Denmark*, *Greece*, *Italy*, *Macedonia*, *Montenegro*, *Romania*, *Serbia* and *Switzerland* there is an appearance that restorative processes play only a very minor quantitative role according to the authors. *Malta* only introduced VOM on a nationwide basis (for all offenders, i.e. juveniles and adults in the same way) in 2012, so statistical data are not yet available.

6.3. Trends in the use of Restorative Justice in practice

Based solely on the data provided, there is no clear-cut trend in the development of the quantitative role of RJ in the context of criminal justice practice. The numbers of referrals to VOM rose in *Estonia* from 32 in 2007 to 450 in 2011 – in 2007 VOM accounted for 2% of all court sanctions compared to 8% in 2011. *Finland* has witnessed a 35.5% increase in the number of referred adults. In *Germany*, the absolute number of offenders referred to VOM by the courts rose from 1,134 in 2004 to 3,594 in 2010, +317%¹²⁵. *Hungary* (2007: 2,451; 2011: 4,794), *Latvia* (2005: 51; 2013: est. 950; use of Community Service increased from 1.059 to 3.951 in same time span) and the *Netherlands* (2007: 400; 2010: 1,150) reported to have witnessed similar increases. In *Russia* (again to be regarded with caution), the share of juveniles being discharged from criminal liability due to successful reconciliation with the victim has increased dramatically from 3.7% in 2002 to 31.5% in 2011.

In other countries the opposite development can be observed. The absolute number of referrals to VOM decreased in *Austria* by 15.9% for adults and 20.1% for juveniles, parallel to a rise in the use of community service for juveniles. In *Portugal*, the absolute number of adults referred to VOM dropped from 224 in 2009 to just 90 in 2011. *Slovakia* reported a decline of 29.8% in the number of referrals to VOM from 2007 to 2009. *Spain*, *Slovenia* and the *Czech Republic*, too, reported similar developments. Besides the expansion of the available alternatives at key stages of the criminal procedure that appear to be more attractive to criminal justice practitioners (see *Section 5* below), many of these countries pointed to the effects of the European economic crisis as

¹²⁵ As mentioned above, VOM in Germany mostly occurs on the pre-court level (diversion), for which no clear statistics are available. Data reported by KILCHLING 2012, 169 f. indicate that about 4% of prosecutorial diversion cases include mediation, another 5% a compensation (reparation) order. The courts can also practice diversion: about 2% of court-diversionary decisions in 2005 included mediation, another 11% were compensation orders, see also DÜNKEL/PĂROȘANU in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015, 312 f.

being central to these decreases. It is thus likely that their use will increase again once the economic situation has settled.

These absolute figures do not reflect changes in the overall caseloads of the justice system or demographic developments and thus need to be taken more as an indicator than as hard evidence. While these countertrends balance each other out to a certain degree, taking into account the significant number of countries that were unable to provide data but that have nonetheless witnessed growth in the number of practice initiatives “on the ground” over the past few years, and taking into consideration that many of the countries that have witnessed declines stated to have been affected in particular by temporary economic constraints, it would be fair to conclude that the absolute number of cases in which decision-makers deem RJ appropriate – whatever the reasons – has been on the increase in Europe, but has yet to find its way into mainstream practice in most of the continent.

Finally, it needs to be stressed that a minor *quantitative* role does not automatically imply that RJ is not being used to its full potential, or that the outcomes that are aspired to are not being achieved. Rather, the quality of services, the satisfaction of participants, the reparation of harm and a positive reintegrative effect on the offender should be the primary benchmarks for such an assessment, rather than impressive numbers. Quality of services should not be compromised to increase caseloads.

7. Research and evaluation into restorative justice in Europe

Restorative processes are a promising approach as they provide benefits to all stakeholders in an offence. As *Liebmann* sums up, victims

can learn about the offender and put a face on the crime; ask questions of the offender; express their feelings and needs after the crime; receive an apology and/or appropriate reparation; educate offenders about the

effects of their offences; sort out any existing conflict; be part of the criminal justice process; put the crime behind them¹²⁶.

At the same time,

offenders have the opportunity to own the responsibility for their crime; find out the effect of their crime; apologise and/or offer appropriate reparation; reassess their future behaviour in the light of this knowledge¹²⁷.

There has been a growing body of research-evidence over the last decades that indicates that these outcomes can in fact be achieved in practice, and that make a strong case for regarding restorative practices as promising and desirable means for resolving criminal conflicts and for achieving a number of different outcomes in doing so.

Research has, for instance, measured high rates of satisfaction among victims and offenders who have participated in restorative processes. *Latimer/Dowden/Muise* conducted a meta-analysis on studies that sought to examine more than thirty restorative justice programmes (VOM and conferencing) in terms of effectiveness, which showed that restorative programmes achieved higher rates of satisfaction among both victims and offenders than traditional criminal justice responses¹²⁸. Another meta-study, by *McCold/Wachtel*, came to similar conclusions, indicating elevated levels of satisfaction and perceptions of fairness¹²⁹. These experiences imply that VOM and conferencing can be implemented in a fashion that meets the needs and interests of both victims and offenders very well.

What also emerges from the research literature is that restorative practices are often associated with promising effects on recidivism¹³⁰,

¹²⁶ LIEBMANN 2007, 28.

¹²⁷ LIEBMANN 2007, 29.

¹²⁸ LATIMER/DOWDEN/MUISE 2001; see also UMBREIT/COATES/VOS 2008, 56 f.

¹²⁹ MCCOLD/WACHTEL 2002. Further studies include CAMPBELL ET AL. 2006; BRAITHWAITE 1999; 2002; 2009; UMBREIT/COATES 2001; UMBREIT/COATES/VOS 2008, 56 f.; HARTMANN 2019, 132 ff.

¹³⁰ It has to be highlighted that reducing recidivism is not the primary aim of RJ-processes, see HAYES 2007, 440, but instead to arrive at a restorative agreement, the

as evidenced by a growing pool of research results¹³¹. Despite certain methodological shortcomings¹³², the overall impression stemming from the studies is that RJ does not have a *negative* impact on re-offending¹³³. In a comprehensive meta-analysis, *Sherman* and *Strang* concluded that in two projects in the United Kingdom a 25% reduction in recidivism among violent offenders after participation in restorative justice processes could be observed¹³⁴. The effects of restorative justice programmes produced less consistency and magnitude of effects on recidivism than was found for violent crime. Effects are even smaller or non-existent if restorative justice takes place for “non-victim crimes” such as shoplifting, drink-driving or offences against public order¹³⁵. Beyond

fulfilment of contracted obligations by the offender and the satisfaction of the victim. In this regard there is a broad consensus that for the selected participants of mediation etc. the results in the large majority of evaluation are very positive, see e.g. HOPT/STEFFECT 2008, 77; BRAITHWAITE 2002; 2009, 502; HARTMANN 2019, 132 ff. However, the question of evaluating RJ measures by looking at the criteria of future recidivism cannot be neglected, at least insofar as increased recidivism rates can be excluded (which is the case). On the other hand, we should not expect too much from a short-term mediation procedure of 60-90 minutes, see HAYES 2007, 440. As to a loss of (possible) deterrent effects of punishment, there is clear evidence that RJ does not undermine such effects, which anyway are highly overestimated, see KURY 2016, 270 with further references.

¹³¹ See for instance BRAITHWAITE 1999; 2002; 2009; SCHÜTZ 1999; UMBREIT/COATES 2001; SHERMAN/STRANG 2007; SHAPLAND ET AL. 2008; LATIMER/DOWDEN/MUISE 2005; HAYES 2007; BONTA ET AL. 2008; UMBREIT/COATES/VOS 2008, 56 f.; SHAPLAND/ROBINSON/SORSBY 2012; SHERMAN ET AL. 2015; 2015a; for a summary see also KURY 2016, 269 ff.

¹³² In this regard, see BONTA ET AL. 2008; see for methodological issues how to evaluate RJ also BAZEMORE/ELIS 2007; PIGGOTT/WOOD 2019, 363 ff.

¹³³ AERTSEN ET AL. 2004, 38 f.; PIGGOTT AND WOOD summarize the research on this aspect by stating that the large majority of the evaluation studies come to positive findings only a few to negative effects, these mixed results being “attributed to substantial differences between RJ programmes in policy and practice”, PIGGOTT/WOOD 2019, 359; they come to the conclusion the question if RJ “reduces reoffending cannot withstand the problems of variation in practice and methodological limitations inherent in much much of the existing research” (372).

¹³⁴ SHERMAN/STRANG 2007, 69; SHERMAN ET AL. 2015a, 12 f. (comparing effect sizes for juveniles versus adults a slightly stronger effect size was to be seen for adults, see 13).

¹³⁵ SHERMAN/STRANG 2007, 69 f.

a need for more in depth-evaluation, the authors emphasise that negative effects of RJ compared to other sentences and in particular imprisonment were nowhere to be found and that restorative justice works better with more serious offences. The reason for this may be consistent with the apparent emotional basis for RJ: that offender remorse for having harmed a victim – perhaps especially victims “like them” rather than socially distant by class, race or income – is what drives any reduction in repeat offending that follows restorative Justice¹³⁶.

Bonta et al., who also conducted a meta-analysis of restorative programmes, state that «restorative justice interventions, on average, are associated with reductions in recidivism. The effects are small but they are significant. It is also clear that the more recent studies are producing larger effects»¹³⁷. A recidivism study conducted in *Northern Ireland* by *Lyness/Tate* (2011) found that court-ordered youth conferences held in 2008 were linked to lower re-offending rates (45.4%) compared to community-based disposals (53.5%) and youth discharged from custody (68.3%)¹³⁸. Diversionary youth conferences had a rate of 29.4%, though again, there is a need for caution in weighting these findings due to selection-biases and offender-intrinsic characteristics.

A study by *Schütz* covering VOM with adult offenders who had committed minor assaults found that, over a three year period, the re-conviction rate for VOM participants was significantly lower than for the control group (14% vs 33%)¹³⁹. Finally, research has evidenced that the best outcomes are achieved when a restorative process is involved¹⁴⁰ and if post-intervention experiences are positive¹⁴¹.

Sherman and *Strang* point out that RJ also has potential to reduce the costs of criminal justice¹⁴². On the one hand, restorative practices in the context of diversion can reduce court caseloads and thus the ex-

¹³⁶ SHERMAN/STRANG 2007, 70; see also SHERMAN ET AL. 2015; 2015a.

¹³⁷ BONTA ET AL. 2008, 117. Small but positive significant effects on re-offending have also been reported by BERGSETH/BOUFFARD 2007.

¹³⁸ LYNESS/TATE 2011.

¹³⁹ SCHÜTZ 1999.

¹⁴⁰ VAN NESS/STRONG 2010, 43.

¹⁴¹ See for this aspect JOHNSTONE 2007a, 598.

¹⁴² SHERMAN/STRANG 2007, 86.

pense involved in bringing offences to justice. Furthermore, reducing the number of offenders coming before the courts can have down-tariffing effects on overall sentencing practices, as has recently been experienced in *England and Wales* with the Youth Restorative Disposal and Triage Programmes¹⁴³. These deflationary effects can spread across the entire sentencing spectrum and thus reduce the use of costly custodial sentences¹⁴⁴. Finally, the potential positive effects on recidivism can imply lower costs occurring to society at large in the future. This is underlined by the research conducted by *Shapland et al.* (2008), who state that restorative justice can deliver cost savings of up to £9 for every £1 spent. According to a model cost-saving analysis by *Victim Support* (2010) for England and Wales, the savings that flow from the contribution made by restorative justice to reducing reoffending rates are impressive. According to *Victim Support* – if RJ were offered to all victims of burglary, robbery and violence against the person where the offender had pleaded guilty (which would amount to around 75,000 victims, albeit including adults), the cost savings to the criminal justice system – as a result of a reduction in reconviction rates – would amount to at least £ 185 million over two years¹⁴⁵. Direct cost savings for the prison budget could amount to £ 410 million¹⁴⁶. “The £ 59 million it would cost to offer restorative justice conferencing only to those 75,000 victims of burglary, robbery and violence against the person pales in

¹⁴³ See the report on *England and Wales* by Doak in DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015. See also BATEMAN 2010; HORSFIELD 2015.

¹⁴⁴ See HORSFIELD 2015.

¹⁴⁵ See VICTIM SUPPORT 2010, 29.

¹⁴⁶ See VICTIM SUPPORT 2010, 30: “Trials of restorative justice conferences have been shown to give sentencing magistrates and judges better information about effective sentencing options. Working with the Restorative Justice Council we estimate that it could also generate a saving of 11,000 full-year prison places - the equivalent to saving £ 410 million of the prison budget (this calculation is based on: a 23 per cent diversion from custody rate; a randomised, control trial funded by the Ministry of Justice; the experience in Northern Ireland; and the Appeal Court cases where case law now states that taking part in restorative justice is a mitigating factor; as well as an assumption that those diverted have the average sentence length)”.

comparison to the savings that could be made if a comprehensive restorative justice system were put in place”¹⁴⁷.

8. Summary and recommendations

8.1. Summary

Overall, it can be said that all countries covered both in the study of *Düinkel/Horsfield/Păroşanu* (2015) and of *Düinkel/Grzywa-Holten/Horsfield* (2015) provide, in legislation or practice, forms of RJ in the context of resolving criminal conflicts. The landscape is dominated by VOM, however the degree of actual service coverage varies substantially throughout Europe, with nationwide coverage of service provision only in place in *Austria, Belgium, the Czech Republic, Denmark, Finland, Germany, Hungary, the Netherlands, Latvia and Norway*. In all other countries VOM services (not legislation) are limited to certain geographical areas where local partnerships and initiatives have been established. By contrast, conferencing is far more seldom in Europe, being available on a nationwide scale in only five countries (*Belgium, England and Wales* (with major reservations), *Ireland, the Netherlands and Northern Ireland*). Taking a step back and applying a maximalist perspective, criminal justice legislation in the vast majority of EU and non-EU European countries makes provision for forms of community service. Likewise, most countries have channels in place through which the making of reparation without a preceding restorative process can factor into decision-making in the criminal procedure (diversion, sentence mitigation, and court ordered reparation like “reparation orders”).

There are a number of predominant and interconnected themes when looking at the key driving factors for restorative justice to be implemented. The first relates to abolitionist thinking, in that the criminal justice system is an inappropriate forum for resolving conflicts between offenders and victims. Accordingly, in some countries (particularly those in which the first experiences with RJ have been made in Europe,

¹⁴⁷ See VICTIM SUPPORT 2010, 30.

like *Austria* and *Finland*) the focus was on providing an informal forum that better meets the needs of those affected by the crime. This ties in to a second impetus, namely that RJ is regarded as a means for improving the standing of victims in criminal cases in the context of strong victim's movements in some countries. In other jurisdictions, RJ came to be regarded as a promising element in a general shift in criminal justice thinking, away from retribution and punishment towards rehabilitation and reintegration, objectives to which restorative ideal can cater very well if implemented correctly due to its focus on positive reintegration. Such developments were particularly prominent in the field of juvenile justice. Likewise, juvenile justice reform in Europe has served to provide gateways into the criminal procedure, as the focus has increasingly been on diversion away from formal into informal processes and the use of rehabilitative and educational measures. The influence of international instruments and the drive for EU membership are further prominent factors that cannot be ignored. International standards are regarded as depicting "best practice" and thus provide the template for a criminal justice system that is "up to the standards" of Western society. Numerous countries, particularly in Eastern Europe, indicated that such instruments provided vital guidance to harmonizing their systems to western standards, and this also covered standards relating to RJ.

The driving forces for reform will naturally have shaped the outcome of that reform, and thus how RJ has been connected with or placed alongside the criminal justice system. Juvenile justice reform has seen expansions in the powers of decision-makers throughout the criminal justice system to divert cases from prosecution, conviction and/or sentencing into alternative procedures and measures that bear superior reintegrative and rehabilitative potential than purely retributive intervention. Prosecuting agencies have seen expansions in their statutory discretion to divert criminal cases by dropping charges subject to certain conditions. In most of Europe (both EU and non-EU), among such conditions we find having "made reparation" to or having "reconciled" with the victim, or having shown "effective repentance". Thus, where an offender has alleviated the harm caused by the offence (potentially through VOM or conferencing), either by his own initiative or upon the making of such a requirement by the prosecuting agencies, he

can be released from criminal liability. Furthermore, albeit not quite as widespread, courts, too, have powers to divert cases on similar grounds, while a mitigation of sentence on the grounds of reparation having been made or reconciliation having been achieved (potentially through VOM or conferencing) is theoretically possible in about half of the countries covered in both studies. In most countries, courts are equipped with special sanctions or measures that reflect restorative justice thinking, most prominently community service, but also forms of court-ordered reparation like “reparation orders” and court-ordered restorative processes. Finally, only less than 50% of countries covered in the studies made any reference to the use of RJ in prison settings, with only a handful (particularly *Germany*, *Portugal*, and some cantons in *Switzerland*) making legislative provision that seeks to incorporate reparation and a focus on victims’ needs into correctional programming. Overall, the big picture that remains is that the availability of RJ decreases the deeper one delves into the criminal procedure. There are only a few exceptions to this rule that provide access to VOM or conferencing regardless of the stage of criminal proceedings and regardless of offence and offender characteristics (the *Netherlands*, *Belgium*, *Denmark*, *Germany*, *Norway*, *Sweden* and *Finland*).

Generating a picture of RJ in terms of the quantitative role it assumes in criminal justice practice is a difficult task, as many countries face significant data shortages. The use of RJ in practice is difficult to measure, as statistics do not record mitigating factors in sentencing, or often only state the statutory provisions on which diversion is based, without stating what the offender was diverted into. Often the only sources available are descriptive research studies that are outdated as no follow-up studies have been published. Overall, though, despite these shortcomings, the picture that remains is that – except for some countries like for instance *Belgium*, *Northern Ireland*, *Austria* and *Finland* – RJ plays only a marginal role in most of Europe in practice, albeit with a slightly upward trend if one takes the “dark figure” of restorative action into account.

There is a vast and ever expanding pool of research and literature on the benefits and potentials of RJ – therefore the potential that RJ brings to the table is well known. The role that RJ justice plays in the practice

of the criminal justice system, by contrast, does little to underline this view. What has indeed also become clear is that there is great potential for RJ to gain a more prominent role in the criminal justice systems in Europe than is the case today in most countries. All countries covered in the present paper provide legislative access-points through which RJ can enter into the criminal procedure. Likewise, all countries can draw on experiences of their own with restorative justice services like VOM or conferencing, albeit to strongly differing degrees. Yet in practice, in most countries in Europe RJ plays only a peripheral role in the context of the criminal and juvenile justice system.

In light of these positive experiences with restorative practices, and set against the assumption that RJ is a promising and desirable strategy that achieves the best outcomes when restorative processes are involved, the question arises as to why they play such a peripheral role in the criminal justice systems of most countries in Europe.

The reasons for an often reluctant and restricted use of RJ are manifold. In some countries, implementation is difficult as judges and prosecutors are reluctant towards new alternatives, which lack the traditional elements of punishment. The lack of will among judicial gatekeepers to use RJ can be based for example on the distrust in the legitimacy of mediators as deliverers of justice. The judiciary claims a “monopoly of conflict resolution”. In some countries inappropriate, unclear or a lack of legislative basis reduce the faith in RJ. Finally, the availability of other diversionary options that are more in line with traditional understanding of appropriate intervention may play a role and (in some jurisdictions) the strict application of the principle of legality reduce the possibilities for extra-judicial conflict resolution¹⁴⁸.

Another reason for the only small numbers of RJ in practice is the lack of information and awareness of the benefits of RJ among legislators, politicians, judicial gatekeepers and the general public. In addition, in some jurisdictions a lack of will among legislators and politicians can be seen (in turn connected to issues of poor/lack of statutory basis, funding, lack of information/awareness and a punitive climate). As the good practices in Belgium, Finland or Northern Ireland demonstrate,

¹⁴⁸ See in summary DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015, 1064 ff.

these obstacles may be overcome if the political climate is favourable for RJ-ideas and values (in Northern Ireland e.g., after a long period of civil war RJ was in line with the general peace-making approach in politics).

Another challenge, however, has to be addressed. Implementing RJ-elements into the criminal justice system may also bear the risk of “institutionalization” that legislation brings with it, in that the values underpinning RJ could come to be “watered down” so as to be able to be accommodated within the criminal justice system¹⁴⁹. In practice, this implies that certain key ideals and values that underpin RJ are sacrificed to the benefit of achieving outcomes that are geared more towards the aims of criminal justice rather than RJ¹⁵⁰. *Umbreit* speaks of the “risk of McDonaldization” in this regard¹⁵¹. Therefore, careful implementation strategies and professional standards must be provided.

Based on the results of *Düinkel/Horsfield/Păroşanu* (2015) and the discussions in the International Juvenile Justice Observatory (IJJO)¹⁵² *Chapman* has developed a “European Model of RJ with children and young people”, which provides for RJ on four levels:

Level 1: Restorative parenting, family group conferences, mediation and restorative relationships in schools, restorative circles, and mediation in the community.

Level 2: Mediation to divert from entry into the criminal justice system.

Level 3: Restorative conferences and circles of support and accountability to divert from detention.

Level 4: Restorative culture and practices in detention and for reintegration¹⁵³.

¹⁴⁹ See in this regard in particular AERTSEN/DAEMS/ROBERT 2006 with further references.

¹⁵⁰ See VANFRAECHEM/AERTSEN 2010, 274.

¹⁵¹ UMBREIT 1999; see also DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015, 1066.

¹⁵² The IJJO is an NGO and lobby organisation to promote European juvenile justice policies and practices, see FOUSSARD 2011, 23 ff.; the research of DÜNKEL/HORSFIELD/PĂROŞANU (2015) was co-funded by the EU, the University of Greifswald and IJJO.

¹⁵³ CHAPMAN 2017, 82 f.; see also <http://www.ejjc.org/eumodel>.

8.2. *Recommendations*¹⁵⁴

Restorative justice is not yet available to all offenders at all stages of the criminal procedure in all countries, as is recommended in Article 4 of Recommendation No. R. (99) 19. Rather, access is usually restricted along the lines of proportionality and public interest, as RJ enters into the system via diversionary pathways in most cases, or is a matter of discretion for decision-makers in the criminal procedure. It therefore tends to be restricted to less serious forms of offending from the outset, and whether or not it is applied lies in the hand of practitioners who are likely unaccustomed to what RJ entails and what benefits it can bear for victims, offenders, communities and society. As a consequence, many victims are implicitly regarded as having suffered too much to be eligible for an opportunity to receive reparation for the harm they have endured, or to achieve closure and healing, which appears rather paradoxical. Even more victims are excluded by the fact that there is a strong predominance of provision for young offenders and their victims, or rather: they are excluded because their assailant was too old. Experience has shown that VOM for instance can indeed be implemented in a fashion that achieves promising outcomes with adult offenders and their victims.

Therefore, it is to recommend that access to restorative justice not be restricted on grounds of offence severity and age. Instead, countries should seek to introduce restorative processes and practices as a generally available service that is offered to all victims and offenders. Decision-makers should be able to take the outcome from such processes into consideration in their decisions.

There is a need to provide forms of RJ that are promising for resolving conflicts between offenders and victims in cases of a greater severity, and that involve the community in a greater fashion than is the case with VOM. In this regard, conferencing has proven to be a viable and promising tool, particularly for young offenders. Recent experiences in

¹⁵⁴ The following recommendations have been extracted from DÜNKEL/GRZYWA-HOLTEN/HORSFIELD 2015, 185 ff. and further developed for the present publication.

Europe (*Northern Ireland, Ireland and Belgium*) have shown that positive outcomes can be achieved through conferencing in terms of satisfaction with processes and outcomes, perceptions of fairness, and re-offending¹⁵⁵. However, to date very few countries have sought to apply conferencing in Europe. The same applies to experiences with peace-making circles. «Therefore, it is to recommend that countries seek to promote initiatives to introduce conferencing and peace-making circles into their criminal justice systems».

An often-neglected stage of the procedure is the serving of prison sentences. Only rarely is the situation in theory and practice simultaneously such that RJ can come into play in correctional settings. This is regrettable, since prisons represent a large pool of yet “untapped conflict”, and are at the same time increasingly coming to be regarded as institutions of rehabilitation in which restorative approaches could be promising elements in sentence planning and programming. Offenders who are in prison will usually have committed offences that made them ineligible for diversion, and thus for restorative practices. At the same time, RJ can be a viable means for resolving conflicts within prisons, between either prisoners or prisoners and staff.

Thus, it is to recommend legislative provision be made that provides for the making of reparation and raising awareness of victims’ needs as an element in sentence planning. Likewise, it is recommended to explore ways of reforming the penitentiary climate and culture using restorative practices. Increasing empathy of offenders towards victims (e.g. through victim awareness programmes) is an appropriate rehabilitative means for preventing further victimisations after release.

Another widely untouched source of potential for RJ is community service, which is only very rarely implemented or legislated for in a fashion that can be regarded as truly restorative in Europe today. In the majority of Europe, it is used as a substitute sanction for offences of a certain severity (in terms of the term of imprisonment defined by law), as an alternative sanction introduced as a stand-alone option as a means of avoiding custody particularly for young people, and/or as an educa-

¹⁵⁵ See for an evaluation of the Northern Ireland conferencing schemes DOAK/O’MAHONY 2019; CHAPMAN 2017 with further references.

tional/alternative measure as a condition for diversion from prosecution or court punishment. In most countries, it is to be regarded as a punitive sanction.

It is to recommend that initiatives and strategies be sought that seek to enhance the restorative value of community service by employing restorative processes to determine the work to be performed (for instance individualized project-based work), and/or that seek to allow the making of reparation to direct victims of crime through work.

A recurring problem stated in many national reports, on which this paper is based, has been that there is a lack of political will to pass legislation and/or to implement or fund restorative justice initiatives, either because there is a lack of information on behalf of politicians and legislators, or because of a predominating punitive climate in society, or both. There is, therefore, a need to generate pressure “bottom-up” on legislators to implement the aforementioned recommendations by establishing local initiatives that involve partnerships between the justice system and NGOs, universities and research institutes. Such endeavours need to be evidence based in their approach and subject to continuous evaluation. Likewise, they need to be linked to strategies for raising awareness of the benefits of RJ, for all involved that extend from relevant criminal justice practitioners to the media and to the public, to generate public demand for RJ. Even where there is a political will to implement RJ on a wider scale, any legislative endeavours should be based on knowledge and experiences of “what works”. Countries that have seen the best experiences with RJ, in terms of introducing and sustaining a network of nationwide coverage and yielding decent caseloads (for example *Germany*, the *Netherlands*, *Northern Ireland*, *France*, *Finland*, *Belgium* and *Austria*), provide a strong legislative basis for RJ. What these countries all have in common is that their legislation is based on years of experience with systems that have gradually grown from local initiatives to nationwide practices that have been subject to evaluation and adaptation. Therefore, a sound, evidence-based legislative basis will more likely be adequate for achieving the desired outcomes in its given context, and at the same time can increase faith in decision-makers to refer to it.

Thus, it is to recommend that restorative justice initiatives be conducted in a “what-works”-ethos and subject to continuous monitoring and evaluation to optimize the outcomes achieved. Parallel, such projects should include strategies for building support for restorative justice at all levels. Legislation should be based on tested experiences and not in blind attempts of international or even interregional policy transfers.

Finally, one should emphasize that restorative justice values and procedures are not restricted to criminal justice systems, but they are part and should be further developed in conflict regulations in general, in schools, civil and administrative law litigations and in the society in general. RJ “is not a panacea against all social evils”¹⁵⁶, neither in criminal justice nor in other areas where RJ is practised, but its values may contribute to a more humane and peaceful society¹⁵⁷. As to criminal justice reform, it should be noted that RJ is in line with modern penal theories emphasizing the human rights perspective of victims and offenders (victims’ protection and rehabilitation of offenders). It will not totally overcome all repressive punishment oriented dimensions of criminal law, but it may contribute to «making criminal law more civilized»¹⁵⁸.

9. References

- Aertsen, I.* (2005): Restorative prisons: a contradiction in terms? In: Emsley, C. (Ed.): *The persistent prison. Problems, images and alternatives*. London: Francis Boutle Publishers, 196-213.
- Aertsen, I., Daems, T., Robert, L.* (2006) (Eds.): *Institutionalizing Restorative Justice*. Cullompton: Willan Publishing.

¹⁵⁶ See the headline of the chapter of WALGRAVE 2017, 95, who presents an excellent summary of the critical aspects of RJ. Social injustices, gendered and racial violence, social inequalities and other structural social problems, cannot be expected to disappear if RJ is further expanding, but it “should set the conditions to begin the gradual attainment of full participation of all stakeholders in social life”, WALGRAVE 2017, 108.

¹⁵⁷ BRAITHWAITE 2019, 2 f.

¹⁵⁸ WALGRAVE 2013, 359 FF.; 2017, 99 FF.; MAZZUCATO 2017, 243.

- Aertsen, I., Mackay, R., Pelikan, C., Willemsens, J., Wright, M.* (2004): Rebuilding community connections – mediation and restorative justice in Europe. Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- Aertsen, I., Pali, B.* (2017) (Eds.): Critical Restorative Justice. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Albrecht, H.J., Kilchling, M.* (2002) (Eds.): Jugendstrafrecht in Europa. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- Allen, R., Stern, V.* (2007): Justice Reinvestment – A New Approach to Crime and Justice. London: International Centre for Prison Studies. King's College London.
- Barabás, T., Fellegi, B., Windt, S.* (2010): Resolution of conflicts involving prisoners. Handbook on the applicability of mediation and restorative justice in prisons. National Institute of Criminology. Budapest.
- Bateman, T.* (2010): The Systemic Determinants of Levels of Child Incarceration in England and Wales. Unpublished Dissertation. Luton: University of Bedfordshire. [Http://uobrep.openrepository.com/uobrep/bitstream/10547/134949/1/bateman.pdf](http://uobrep.openrepository.com/uobrep/bitstream/10547/134949/1/bateman.pdf).
- Bazemore, G., Elis, L.* (2007): Evaluation of restorative Justice. In: Johnstone, G., van Ness, D.W. (Eds.): Handbook of Restorative Justice. Cullompton: Willan, 397-425.
- Bazemore, G., Umbreit, M.S.* (2001): A Comparison of Four Restorative Conferencing Justice Models. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.
- Bergseth, K.J., Bouffard, J.A.* (2007): The long-term impact of restorative justice programming for juvenile offenders. Journal of Criminal Justice 35, 433-451.
- Blaser, B., Dauwen-Samuels, T., Hagemann, O., Sottorff, S.* (2008): Gemeinschaftskonferenzen. Ziele, theoretische Fundierung, Verfahrensweise und erste Ergebnisse eines Family-Group-Conferencing-Projekts für JGG-Verfahren in Elmshorn. TOA-Infodienst, No. 34, 26-32.
- Bonta, J., Jesseman, R., Rugge, T., Cornier, R.* (2008): Restorative Justice and Recidivism: Promises made, promises kept? In: Sullivan,

- D., Taft, L. (Eds.): Handbook of Restorative Justice. Milton Park: Routledge, 108-120.
- Boyes-Watson, C.* (2019): Looking at the past of restorative justice. In: Gavrielides, T. (Ed.): Routledge International Handbook of Restorative Justice. London, New York: Routledge, 7-20.
- Braithwaite, J.* (1989): Crime, Shame and Reintegration. Cambridge University Press.
- Braithwaite, J.* (1999): Restorative justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts. In: Tonry, M. (Ed.): Crime and justice: A review of research. Vol. 25, Chicago: University of Chicago Press, 1-127.
- Braithwaite, J.* (2002): Restorative justice and responsive regulation. Oxford: Oxford University Press.
- Braithwaite, J.* (2009): Restorative justice. In: Schneider, H.J. (Ed.): Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 2: Besondere Probleme der Kriminologie. Berlin: DeGruyter, 497-506.
- Braithwaite, J.* (2019): The future of restorative justice. In: Gavrielides, T. (Ed.): Routledge International Handbook of Restorative Justice. London, New York: Routledge, 1-3.
- Brookes, S.* (2006): Female Offenders: A strategy for positive relationships. Available: <http://www.pfi.org/cot/prison/offender/women/female-prisoner-policy-strategy-scotland-oct-2006>.
- Brown, D., et al.* (2016): Justice Reinvestment. Winding Back Imprisonment. Houndmills, Basingstoke/Hampshire: Palgrave Macmillan.
- Campbell, C., Devlin, R., O'Mahony, D., Doak, J., Jackson, J., Corrigan, T., McEvoy, K.* (2006): Evaluation of the Youth Conference Service. NIO: Statistics and Research Report No. 12.
- Cavadino, M., Dignan, J.* (2006): Penal Systems: a comparative approach. London: SAGE.
- Cavadino, M., Dignan, J.* (2007): The Penal System: An Introduction. 4th ed., London: SAGE.
- Chapman, T.* (2012): Facilitating Restorative Conferences. In: Zinsstag, E., Vanfraechem, I. (Eds.): Conferencing and Restorative Justice. International Practices and Perspectives. Oxford: Oxford University Press.

- Chapman, T.* (2017): Community and Restorative Justice. In: Soletto, H., Varona, G., Porres I. (Eds.): Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia Innovadores Modelos de Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 75-85.
- Christie, N.* (1977): Conflicts as Property. *British Journal of Criminology* 17, 1-15.
- Clamp, K.* (2014): Restorative Justice in Transition. New York: Routledge.
- Council of Europe* (1999) (Ed.): Recommendation No. R. (1999) 19 of the Committee of Ministers to member states concerning mediation in penal matters, 15 December 1999. Strasbourg.
- Council of Europe* (2001) (Ed.): Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings 2001/220/JHA. Official Journal of the European Communities. L 82/1. 22 March.
- Council of Europe* (2003) (Ed.): Recommendation No. R. (2003) 20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice, 24 September 2003. Strasbourg.
- Council of Europe* (2006) (Ed.): Recommendation No. R. (2006) 2 of the Committee of Ministers to member states concerning the European Prison Rules, 11 January 2006. Strasbourg.
- Council of Europe* (2008) (Ed.): Recommendation No. R. (2008) 11 of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures, 5 November 2008. Strasbourg.
- Council of Europe* (2009) (Ed.): The European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures. Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- Daly, K.* (2004): Pile it on: more texts on restorative justice. *Theoretical Criminology* 8, 499-507.
- Daly, K., Hayes, H.* (2001): Restorative Justice and Conferencing in Australia. Trends and Issues in Crime and Criminal Justice No. 186. Australian Institute of Criminology.

- Dhondt, D., Ehret, B., Fellegi, B., Szegő, D.* (2013): Implementing peacemaking circles in Europe: A European research project. *European Forum for Restorative Justice Newsletter* 14, 8-11.
- Dignan, J.* (2005): *Understanding Victims and Restorative Justice*. Maidenhead: Open University Press.
- Dignan, J., Lowey, K.* (2000): *Restorative Justice Options for Northern Ireland: A Comparative Review*. Criminal Justice Review Research Report No 10, Belfast: HMSO.
- Doak, J., O'Mahony, D.* (2011): Mediation and restorative justice. In: Dünkelf, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (Eds.): *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag, 547-621.
- Doak, J., O'Mahony, D.* (2019): Evaluating the success of restorative justice conferencing. A values based approach. In: Gavrielides, T. (Ed.): *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. London, New York: Routledge, 211-223.
- Doob, A.N., Tonry, M.* (Eds.) (2004): *Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-national Perspectives*. Crime and Justice: A Review of Research. Vol. 31. Chicago, IL, London: University of Chicago Press.
- Dünkelf, F.* (2013): Youth Justice Policy in Europe – Between Minimum Intervention, Welfare and New Punitiveness. In: Daems, T., van Zyl Smit, D., Snacken, S. (Eds.): *European Penology?* Oxford, Portland/Oregon: Hart Publishing, 145-170.
- Dünkelf, F.* (2015): Juvenile Justice and Crime Policy in Europe. In: Zimring, F.E., Langer, M., Tanenhaus, D.S. (Eds.): *Juvenile justice in Global Perspective*. New York, London: New York University Press, 9-62.
- Dünkelf, F.* (2015a): Jugendkriminalpolitik in Europa und den USA: Von Erziehung zu Strafe und zurück? In: DVJJ (Ed.): *Jugend ohne Rettungsschirm? Dokumentation des 29. Deutschen Jugendgerichtstags*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 506-544.
- Dünkelf, F.* (2016): Juvenile Justice and Human Rights: European Perspectives. In: Kury, H., Redo, S., Shea, E. (Hrsg.): *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Rein-*

- tegration. Zürich: Springer International Publishing Switzerland, 681-719.
- Dünkel, F.* (2017): Restorative Justice in Penal Matters in Europe. In: Soletto, H., Varona, G., Porres I. (Eds.): Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia Innovadores Modelos de Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch, 126-194.
- Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I.* (2011) (Eds.): Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Dünkel, F., Grzywa-Holten, J., Horsfield, P.* (2015) (Eds.): Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stocktaking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Dünkel, F., Horsfield, P., Păroșanu, A.* (2015) (Eds.): European Research on Restorative Juvenile Justice. Volume 1: Research and selection of the most effective Juvenile Restorative Justice practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States. Brussels: International Juvenile Justice Observatory.
- Dünkel, F., van Kalmthout, A., Schüler-Springorum, H.* (1997) (Eds.): Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich. Bonn: Forum Verlag Godesberg.
- Edgar, K., Newell, T.* (2006): Restorative Justice in Prisons: A Guide to making it happen. Winchester: Waterside Press.
- European Forum for Restorative Justice* (2008): Restorative Justice: An Agenda for Europe – Supporting the implementation of restorative justice in the South of Europe. Leuven: European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice.
- Faber, M.* (2014): Länderspezifische Unterschiede bezüglich Disziplinarmaßnahmen und der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung im Jugendstrafvollzug. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Fattah, E.* (1998): Some reflections on the paradigm of restorative justice and its viability for juvenile justice. In: Walgrave, L. (Ed.): Restorative Justice for Juveniles. Potentialities, risks and problems. Leuven: Leuven University Press, 389-401.

- Fellegi, B., Szegő, D.* (2013): Handbook for Facilitating Peacemaking Circles. Budapest: P-T Mühely.
- Foussard, C.* (2011): Supporting cooperation and information exchange: The International Juvenile justice Observatory. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (Eds.): Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 23-37.
- Gavrielides, T.* (2007): Restorative Justice Theory and Practice – Addressing the Discrepancy. Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control (HEUNI).
- Gelber, C.* (2012): Opferbezogene Vollzugsgestaltung, Erfahrungen mit dem Täter-Opfer-Ausgleich im deutschen und belgischen Strafvollzug. MschrKrim 95, 142-145.
- Gelber, C., Walter, M.* (2013): Opferbezogene Vollzugsgestaltung – Theoretische Perspektiven und Wege ihrer praktischen Umsetzung. BewHi 60, 5-19.
- Hagemann, O.* (2003): Restorative Justice in Prison? In: Walgrave, L. (Ed.): Repositioning Restorative Justice. Willan Publishing, 221-236.
- Hagemann, O.* (2009): “Gemeinschaftskonferenzen” in Elmshorn – The First German Family Group Conferencing Project in Criminal Matters. In: Hagemann, O., Schäfer, P., Schmidt, S. (Eds.): Victimology, Victim Assistance and Criminal Justice: Perspectives Shared by International Experts at the Inter-University Centre of Dubrovnik. Hochschule Niederrhein, Mönchengladbach, Germany, 233-243.
- Hartmann, A.* (1995): Schlichten oder Richten: Der Täter-Opfer- Ausgleich und das (Jugend-)Strafrecht. München: Fink.
- Hartmann, A.* (2019): Victims and restorative justice. Bringing theory and evidence together. In: Gavrielides, T. (Ed.): Routledge International Handbook of Restorative Justice. London, New York: Routledge, 127-144.
- Hartmann, A., Haas, M., Geyer, J., Kurucay, P.* (2012): Mediation and Restorative Justice in Prison Settings (MEREPS). Ergebnisse eines europäischen Forschungsprojekts. Bremen: Institut für Polizei- und Sicherheitsforschung, Hochschule für Öffentliche Verwaltung.

- Hayes, H.* (2007): Reoffending and restorative justice. In: Johnstone, G., van Ness, D.W. (Eds.): Handbook of Restorative Justice. Cullompton: Willan, 426-444.
- Hayes, H., Maxwell, G., Morris, A.* (2006): Conferencing and Restorative Justice. In: Sullivan, D., Tifft, L. (Eds.): Handbook of Restorative Justice – A Global Perspective. London: Routledge, 91-104.
- Hazel, N.* (2008): Cross-national comparison of Youth Justice. London: Youth Justice Board.
- Hopt, K.J., Steffek, F.* (2008): Mediation – Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme. In: Hopt, K.J., Steffek, F. (Hrsg.): Mediation, rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Refelungen. Tübingen: Mohr Siebeck, 3-102.
- Horsfield, P.* (2015): Jugendkriminalpolitik in England und Wales. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Johnstone, G.* (2007): Restorative Justice and the Practice of Imprisonment. Prison Service Journal. Nov. 2007 (174), 15-20.
- Johnstone, G.* (2007a): Critical perspectives on restorative justice. In: Johnstone, G., van Ness, D.W. (Eds.): Handbook of Restorative Justice. Cullompton: Willan, 598-614.
- Johnstone, G.* (2014): Restorative Justice in Prisons: Methods, Models and Effectiveness. Strasbourg: European Committee on Crime Problems (CDPC) (PC-CP\docs 2014\PC-CP(2014)17e).
- Johnstone, G., van Ness, D.W.* (2007) (Eds.): Handbook of Restorative Justice. Cullompton: Willan.
- Junger-Tas, J., Decker, S.H.* (2006) (Eds.): International Handbook of Juvenile Justice. Dordrecht: Springer.
- Junger-Tas, J., Dünkel, F.* (2009) (Eds.): Reforming Juvenile Justice. Heidelberg: Springer.
- Kilchling, M.* (2012): Restorative justice developments in Germany. In: Miers, D., Aertsen, I. (Eds.): Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provision in European countries. Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 158-209.
- Kilchling, M.* (2017): Täter-Opfer-Ausgleich im Strafvollzug. Wissenschaftliche Begleitung des Modellprojekts Täter-Opfer-Ausgleich im baden-württembergischen Justizvollzug. Berlin: Dunker & Humblot.

- Kühl, J.* (2012): Die gesetzliche Reform des Jugendstrafvollzugs in Deutschland im Licht der European Rules for Juvenile Offenders Subject or Sanctions or Measures (ERJOSSM). Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Kury, H.* (2016): Mediation, Restorative Justice and Social Reintegration of Offenders: The Effects of Alternative Sanctions on Punishment. In: Kury, H., Redo, S., Shea, E. (Eds.): Women and Children as Victims: Background, Prevention, Reintegration. Suggestions for Succeeding Generations (Volume 2), 249-282.
- Latimer, J., Dowden, C., Muise, D.* (2001): The effectiveness of restorative justice practices: a meta-analysis. Ottawa: Research and Statistics Division, Department of Justice Canada.
- Latimer, J., Dowden, G., Muise, D.* (2005): The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis. *The Prison Journal* 85:2, 127-144.
- Liebmann, M.* (2007): Restorative Justice – How it works. London: Jessica Kingsley Publishers.
- Liebmann, M.* (2008): Restorative Justice. In: Goldson, B. (Ed.): Dictionary of Youth Justice. London: SAGE, 301-303.
- Lilles, H.* (2001): Yukon sentencing circles and Elder Panels. *Criminology Aotearoa/New Zealand* 16, 2-4.
- Lyness, D., Tate, S.* (2011): Northern Ireland Youth Re-Offending: Results from the 2008 Cohort. Belfast: NI Youth Justice Agency.
- Marshall, T.F.* (1999): Restorative Justice – an overview. London: HMSO.
- Mastropasqua, I., et al.* (2010): Restorative Justice and Crime Prevention – presenting a theoretical exploration, an empirical analysis and the policy perspective. Italian Department for Juvenile Justice.
- Mazzucato, C.* (2017): Restorative Justice and the Potential of ‚Exemplarity’. In Search of a ‘Persuasive’ Coherence Within Criminal Justice. In: Aertsen, I., Pali, B. (Eds.): Critical Restorative Justice. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 241-258.
- Maxwell, G., Liu, J.H.* (2007) (Eds.): Restorative Justice and Practices in New Zealand – Towards a Restorative Society. University of Wellington, Institute of Policy Studies.

- Maxwell, G., Morris, A.* (1993): Family, victims and culture: Youth justice in New Zealand. Wellington: Social Policy Agency and Institute of Criminology, Victoria University of Wellington.
- Maxwell, G., Morris, A., Hayes, H.* (2008): Conferencing and restorative justice. In: Sullivan, D., Taft, L. (Eds.): Handbook of Restorative Justice. Milton Park: Routledge, 91-107.
- McCold, P., Wachtel, T.* (2002): Restorative Justice theory validation. In: Weitekamp, E., Kerner, H.-J. (Eds.): Restorative Justice: Theoretical Foundations. Cullompton: Willan Publishing, 110-142.
- Mestitz, A., Ghetti, S.* (2005) (Eds.): Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe – An overview and comparison of 15 countries. Dordrecht: Springer.
- Miers, D.* (2001): An International Review of Restorative Justice. London: Home Office.
- Miers, D., Aertsen, I.* (2012) (Eds.): Regulating restorative justice – a comparative study of legislative provision in European countries. Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft.
- Miers, D., Aertsen, I.* (2012a): Restorative justice – a comparative analysis of legislative provision in Europe. In: Miers, D., Aertsen, I. (Eds.): Regulating restorative justice – a comparative study of legislative provision in European countries. Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 511-548.
- Miers, D., Willemsens, J.* (2004): Mapping Restorative Justice – developments in 25 European Countries. Leuven: European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice.
- Moore, D., O'Connell, T.* (1993): Family conferencing in Wagga Wagga: A communitarian model of justice. In: Alder, C., Wundersitz, J. (Eds.): Family Conferencing and juvenile justice: the way forward or misplaced optimism? Canberra: Australian Institute of Criminology, 45-86.
- Muncie, J., Goldson, B.* (2006) (Eds.): Comparative Youth Justice. London: SAGE.
- O'Mahony, D.* (2008): Restorative Youth Conferencing. In: Goldson, B. (Ed.): Dictionary of Youth Justice. Cullompton: Willan Publishing, 303-305.

- O'Mahony, D.* (2011): Northern Ireland. In: Dünkkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (Eds.): *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 957-989.
- O'Mahony, D., Chapman, T., Doak, J.* (2002): *Restorative Cautioning – A Study of Police Based Restorative Cautioning Pilots in Northern Ireland*. Belfast: Northern Ireland Office.
- O'Mahony, D., Doak, J.* (2004): *Restorative Justice – Is more better? The Experience of Police-led Restorative Cautioning Pilots in Northern Ireland*. Belfast: Northern Ireland Office.
- O'Mahony, D., Doak, J.* (2009): *Restorative Justice and Youth Justice – Bringing Theory and Practice Closer Together in Europe*. In: Junger-Tas, J., Dünkkel, F. (Eds.): *Reforming Juvenile Justice*. Heidelberg: Springer, 165-182.
- O'Mahony, D., Doak, J., Clamp, K.* (2012): The politics of youth justice reform in post-conflict societies – mainstreaming restorative justice in Northern Ireland and South Africa. *Northern Ireland Legal Quarterly* 63(2), 269-290.
- Pali, B., Pelikan, C.* (2010): *Building Social Support for Restorative Justice: Media, Civil Society, and Citizens*. European Forum for Restorative Justice.
- Pelikan, C., Trenczek, T.* (2008): Victim Offender Mediation and restorative justice – the European landscape. In: Sullivan, D., Taft, L. (Eds.): *Handbook of Restorative Justice*. Milton Park: Routledge. 63-90.
- Piggott, E., Wood, W.* (2019): Does restorative justice reduce recidivism? Assessing evidence and claims about restorative justice and reoffending. In: Gavrielides, T. (Ed.): *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. London, New York: Routledge, 359-376.
- Pranis, K., Stuart, B., Wedge, M.* (2003): *Peacemaking circles, from crime to community*. St. Paul: Living Justice Press.
- Pruin, I., Dünkkel, F.* (2015): *Better in Europe? European responses to young adult offending*. London: Barry Cadbury Trust.
- Rieger, L.* (2001): Circle peacemaking. *Alaska Justice Forum* 17 (4):1, 6-7.

- Robert, L., Peters, T.* (2003): How restorative justice is able to transcend the prison walls: a discussion of the “restorative detention” project. In: Weitekamp, E., Kerner, H.-J. (Eds.): Restorative justice in context. Collumpton: Willan Publishing, 93-122.
- Roche, K.* (2006): The institutionalization of restorative justice in Canada: effective reform or limited and limiting add-on? In: Aertsen, I., Daems, T., Robert, L. (Eds.): Institutionalizing Restorative Justice. Cullompton: Willan Publishing, 167-193.
- Rössner, D., Wulf, R.* (1984): Opferbezogene Strafrechtspflege. Leitgedanken und Handlungsvorschläge für Praxis und Gesetzgebung. Herausgegeben vom Arbeitskreis “Täter-Opfer-Ausgleich” im Auftrag der Deutschen Bewährungshilfe e. V., Bonn: Deutsche Bewährungshilfe.
- Schütz, H.* (1999): Die Rückfallhäufigkeit nach einem Außergerichtlichen Tatausgleich bei Erwachsenen. Österreichische Richterzeitung, 161-166.
- Shapland, J., et al.* (2008): Does restorative justice affect reconviction? The fourth report from the evaluation of three schemes. London: Ministry of Justice.
- Shapland, J., Robinson, G., Sorsby, A.* (2012): Restorative Justice in Practice – Evaluating what works for victims and offenders. Abingdon Oxon: Routledge.
- Sherman, L.W., et al.* (2015): Twelve Experiments in restorative Justice: The Jerry Lee Program of Randomized Trials of Restorative Justice Conferences. Journal of Experimental Criminology 11, 501-540.
- Sherman, L.W., et al.* (2015b): Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Journal of Quantitative Criminology 31, 1-24.
- Sherman, L.W., Strang, H.* (2007): Restorative Justice: the Evidence. London: The Smith Institute.
- Stern, V.* (2005): Prisons and Their Communities: Testing a New Approach. London: International Centre for Prison Studies. King’s College London.
- Strickland, R.A.* (2004): Restorative Justice. New York: Peter Lang.

- Stuart, B., Pranis, K.* (2008): Peacemaking circles – reflections on principal features and primary outcomes. In: Sullivan, D., Taft, L. (Eds.): *Handbook of Restorative Justice*. Milton Park: Routledge, 121-133.
- Sullivan, D., Taft, L.* (2008) (Eds.): *Handbook of Restorative Justice*. Milton Park: Routledge.
- Törzs, E.* (2013): Restorative justice models and their relevance to conflicts in inter-cultural settings. Deliverable No. 3.1 prepared for the project “ALTERNATIVE” (Developing alternative understandings of security and justice through restorative justice approaches in intercultural settings within democratic societies).
- Umbreit, M.S.* (1999): Avoiding the Marginalization and “McDonaldisation” of Victim-Offender-Mediation: A Case Study in Moving Toward the Mainstream. In: Bazemore, G., Walgrave, L. (Eds.): *Restorative Juvenile Justice – repairing the harm of youth crime*. Monsey: Willow Tree Press, 213-234.
- Umbreit, M.S., Coates, R.B., Vos, B.* (2008): Victim-Offender Mediation: an evolving evidence-based practice. In: Sullivan, D., Taft, L. (Eds.): *Handbook of Restorative Justice*. Milton Park: Routledge, 52-62.
- Umbreit, M., Coates, R.B.* (2001): The Impact of Victim Offender Mediation. Two Decades of Research. In: Umbreit, M. (Ed.): *The Handbook of Victim-Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*. San Francisco: Jossey-Bass, 161-177.
- United Nations Economic and Social Council* (2002) (Ed.): *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*. No. 2002/12 of 24 July.
- United Nations Office on Drugs and Crime* (2006) (Ed.): *Handbook on Restorative Justice Programmes*. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime.
- van Ness, D.* (2007): Prisons and Restorative Justice. In: Johnstone, G., van Ness, D. (Eds.): *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton: Willan, 312-324.
- van Ness, D.W., Morris, A., Maxwell, G.* (2001): Introducing Restorative Justice. In: Morris, A., Maxwell, G. (Eds.): *Restorative Justice*

- for juveniles: Conferencing, mediation and circles. Oxford, UK: Hart Publishing, 3-12.
- van Ness, D.W., Strong, K.H.* (1997): Real justice. Pipersville, PA: The Piper's Press.
- van Ness, D.W., Strong, K.H.* (2010): Restoring Justice – An Introduction to Restorative Justice. 4th edition. Providence, NJ: LexisNexis Anderson Pub.
- Vanfraechem, I., Aersten, I.* (2010): Empirical research on restorative justice in Europe: prespectives. In: Vanfraechem, I., Aertsens, I., Willemsens, J. (Eds.) (2010): Restorative Justice Realities – Empirical Research in a European Context. The Hague: Eleven, 267-278.
- Vanfraechem, I., Aertsens, I., Willemsens, J.* (2010) (Eds.): Restorative Justice Realities – Empirical Research in a European Context. The Hague: Eleven.
- Victim Support* (2010): Victims' Justice: What victims and witness really want from sentencing. London: Victim Support.
- Walgrave, L.* (2008): Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship. Cullompton: Willan.
- Walgrave, L.* (2008a): Restorative Justice: An alternative for Responding to Crime? In: Shoham, S.G., Beck, O., Kett, M. (Eds.): International Handbook of Penology and Criminal Justice. Boca Raton: CRC Press.
- Walgrave, L.* (2013): From Civilizing Punishment to Civilizing Criminal Justice: From Punishment to Restoration. In: Blad, J., Cornwell, D., Wright, M. (Eds.): Civilizing Criminal Justice: A Restorative Agenda for Penal Reform. Hook, Sherfield-on-Loddon: Waterside Press, 347-377.
- Walgrave, L.* (2017): Restorative Justice is Not a Panacea Against All Social Evils. In: Aertsens, I., Pali, B. (Eds.): Critical Restorative Justice. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 95-110.
- Walker, L., Davidson, J.* (2019): Restorative justice re-entry planning for the imprisoned. An evidence-based approach to recidivism reduction. In: Gavrielides, T. (Ed.): Routledge International Handbook of Restorative Justice. London, New York: Routledge, 264-278.
- Walther, J.* (2002): Möglichkeiten und Perspektiven einer opferbezogenen Gestaltung des Strafvollzuges. Herbolzheim: Centaurus Verlag.

- Weitekamp, E.G.M.* (2015) (Ed.): *Developping Peacemaking Circles in a European Context*. Tübingen: Juristische Fakultät, Institut für Kriminologie ([http://euforumrj.org/assets/upload/PMC_EU_2_Resarch_Report_Final_Version_RevVer-HJK.pdf](http://euforumrj.org/assets/upload/PMC_EU_2_Research_Report_Final_Version_RevVer-HJK.pdf)).
- Willemsens, J.* (2008): *Restorative Justice: an Agenda for Europe – The role of the European Union in the Further Development of Restorative Justice*. Leuven: European Forum for Restorative Justice.
- Wright, M.* (1991): *Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime*. Bristol, PA: Open University Press.
- Zehr, H.* (1990): *Changing Lenses*. Scottsdale: Herald Press.
- Zimring, F.E., Langer, M., Tanenhaus, D.S.* (2015) (Eds.): *Juvenile justice in Global Perspective*. New York, London: New York University Press.
- Zinsstag, E., Chapman, T.* (2012): *Conferencing in Northern Ireland: Implementing Restorative Justice at the Core of the Criminal Justice System*. In: Zinsstag, E., Vanfraechem, I. (Eds.): *Conferencing and Restorative Justice. International Practices and Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 173-188.
- Zinsstag, E., Teunkens, M., Pali, B.* (2011): *Conferencing – a way forward for restorative justice in Europe*. Leuven: European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice.
- Zinsstag, E., Vanfraechem, I.* (2012) (Eds.): *Conferencing and Restorative Justice. International Practices and Perspectives*. Oxford: University Press.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELL'ESPERIENZA AUSTRIACA

Kolis Summerer

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Le procedure diverse in Austria e Germania. 3. Le peculiarità della disciplina austriaca. 4. Le singole misure diverse in Austria. 5. Gli aspetti essenziali del procedimento. 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

I codici di procedura penale di Germania e Austria prevedono la rinuncia alla persecuzione penale (*Absehen o Rücktritt von der Verfolgung*) sia per tenuità del fatto (*Geringfügigkeit*) (la disciplina generale è contenuta rispettivamente nel § 153 dStPO e nei §§ 191 ss. öStPO) sia in seguito all'adempimento di prescrizioni (*Diversio*) (§ 153a dStPO e §§ 198 ss. öStPO).

Tali istituti “archiviatori”, presenti già da tempo negli ordinamenti tedesco e austriaco¹, perseguono essenzialmente una duplice finalità: da

¹ In Germania l'istituto della rinuncia a procedere per tenuità del fatto (§ 153 StPO - *Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit*) risale alla *Lex Emminger* del 1924. La disposizione, che originariamente limitava il proprio ambito di applicazione ai soli reati contro il patrimonio, fu successivamente modificata, in particolare dall'*Einführungsgesetz zum StGB* del 1974 e dal *Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (RpflEntlG)* del 1993. Nel 1974, ad integrazione dell'archiviazione per tenuità del fatto e nel quadro di una riforma più generale orientata a potenziare gli strumenti di definizione alternativa del procedimento, fu introdotto anche l'istituto della rinuncia a procedere dietro adempimento di obblighi e prescrizioni (§ 153a StPO - *Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen*). Anche quest'ultima disposizione fu più volte modificata, in particolare dal *RPflEG (Rechtspflegeentlastungsgesetz)* del 1993.

In Austria l'archiviazione per tenuità del fatto (§ 191 öStPO - *Einstellung wegen Geringfügigkeit*) fu introdotta nella StPO dalla riforma del processo penale del 2004, entrata in vigore nel 2008, che abrogò contestualmente il § 42 öStGB (*Mangelnde*

un lato, la razionalizzazione del sistema penale e l'economia processuale, al fine di garantire meccanismi di selezione più trasparenti e la repressione dei reati più gravi, accelerando contestualmente i tempi di definizione dei procedimenti; dall'altro, la funzione politico-criminale di consentire la sostanziale depenalizzazione di fatti di scarso disvalore in nome di esigenze di natura "equitativa" e dei principi di proporzionalità ed *extrema ratio*.

Si tratta di meccanismi di deprocessualizzazione per la criminalità minore che, seppur nell'ambito di sistemi basati sull'obbligatorietà dell'azione penale, aprono spazi di discrezionalità nel perseguimento di determinati reati². In Austria e in Germania le disposizioni relative alla rinuncia al perseguimento di determinati reati sono oggi considerate non soltanto uno strumento essenziale di amministrazione della giustizia penale, ma persino una necessità imposta dalla stessa Costituzione (*ultima ratio*, proporzionalità e ragionevolezza)³.

La disciplina contenuta nei §§ 153 e 153a dStPO e nei §§ 191 ss. öStPO costituisce il principale strumento utilizzato dalla prassi per

Strafwürdigkeit der Tat) risalente alla grande riforma del codice penale del 1975. Anche la disciplina della diversione di cui ai §§ 198 e ss. öStPO (*Rücktritt von der Verfolgung – Diversion*) è il risultato del medesimo intervento legislativo, che riprese i principi generali e l'ampio catalogo di misure per la definizione alternativa del procedimento già introdotti dalla precedente riforma del processo penale (legge 55/1999). Alcuni strumenti di diversione (*außergerichtlicher Tatausgleich – ATA*) erano peraltro già previsti a partire dal 1988 nel *Jugendgerichtsgesetz* (§§ 6 ss. JGG).

² In ottica comparatistica, v. C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 333 ss., 405 ss. e 472 ss.; G. CORDERO, *Oltre il "patteggiamento" per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento federale tedesco e il "nostro" art. 112 Cost.*, in *Leg. pen.*, 1986, 665 ss.; R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1473; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 199 ss. e 211 ss.; T. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. II, tomo I, Milano, 2008, 831 ss.; E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1958 ss.

³ Per tutti, v. W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, 378; T. WEIGEND, *Das "Opportunitätsprinzip" zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz*, in *ZStW*, 1997, 105.

la definizione anticipata del procedimento che abbia a oggetto i delitti meno gravi. Tali disposizioni non soltanto rivestono una rilevante importanza pratica, ma hanno anche un ambito di applicazione generalizzato, poiché a differenza di altri criteri di opportunità previsti dall'ordinamento, non sono limitate a specifiche costellazioni di casi. In Germania le norme si riferiscono a tutti i *Vergehen*, cioè ai fatti sanzionati con una pena detentiva inferiore nel minimo a un anno o con la sola pena pecuniaria⁴. In Austria sono suscettibili di diversione tutti i reati puniti con una pena detentiva fino a cinque anni, ambito nel quale sono archiviabili per tenuità i fatti puniti con una pena detentiva non superiore a tre anni.

In Germania nel 2015 il 13,4% (668.524) dei procedimenti in fase di indagini preliminari è stato archiviato per tenuità del fatto (reati bagattellari e reati minorili) e il 3,5% (174.956) è stato archiviato con l'imposizione di obblighi e prescrizioni ai sensi del § 153a dStPO⁵.

In Austria nel 2015 l'8,6% delle archiviazioni è avvenuto per tenuità, mentre il 17,4% (31.053) dei procedimenti svolti si è concluso con una misura di *Diversion*. Ancora più significativo il dato risultante dal confronto tra condanne e archiviazioni: nel 2015 il 15,4% dei procedimenti, 40.439 su un totale di 263.069, è stato definito con una misura di diversione, contro il 12,8% di condanne⁶.

Due aspetti fondamentali caratterizzano entrambe le normative, differenziandole in modo netto da quella italiana. In primo luogo, sia in Germania sia in Austria la tenuità del fatto, quale strumento di definizione anticipata del procedimento, viene combinata con misure di diversione, nell'ottica di una vera e propria desistenza dal giudizio che,

⁴ Ai sensi del § 12 dStGB, costituiscono “crimini” (*Verbrechen*) i fatti antigiuridici sanzionati con la pena detentiva non inferiore nel minimo a un anno; costituiscono, invece, “delitti” (*Vergehen*) i fatti antigiuridici sanzionati con una pena detentiva inferiore nel minimo a un anno o con la pena pecuniaria.

⁵ Fonte: *Statistisches Bundesamt*, www.destatis.de.

⁶ Per le statistiche ufficiali in Austria si consulti il *Sicherheitsbericht – Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtspflege*, pubblicato annualmente dal Ministero austriaco della giustizia (BMJ) (www.justiz.gv.at).

lasciando impregiudicata la questione storica e senza procedere ad alcun accertamento, tende a una pronuncia di carattere non penale⁷.

In secondo luogo, per il trattamento penale della criminalità minore e bagatellare i due legislatori stranieri hanno prediletto una soluzione processuale, che rappresenta un evidente compromesso tra la completa rinuncia all'esercizio dell'azione penale e la rigorosa repressione di determinati fatti⁸. Particolarmente significativa è la scelta del legislatore austriaco, che nel 2004 ha deciso di abrogare la previgente disciplina di natura sostanziale contenuta nel codice penale (§ 42 öStGB), trasferendo la materia nel codice di procedura penale e ridefinendo contestualmente l'istituto della *Diversion*.

A differenza di quanto avviene con interventi di depenalizzazione operanti sul piano astratto, la rinuncia alla pena ispirata alla logica del “de minimis non curat praetor” è stata realizzata introducendo istituti che rimettono al PM e al giudice la concretizzazione della valutazione di immeritevolezza di pena, determinando una sorta di “depenalizzazione di fatto”. La valutazione della meritevolezza e del bisogno di pena sono questioni solo processuali, da decidersi *im Einzelfall*, con la conseguenza che l'applicazione è facoltativa e non soggetta a impugnazione, i procedimenti disciplinati dai §§ 153 e 153a dStPO e dai §§ 191 ss. öStPO non producono effetti sostanziali (come la non punibilità del fatto o l'estinzione del reato) e non danno luogo a pronunce giurisdizionali precedute da un accertamento né vengono iscritti nel registro⁹.

⁷ Diversamente, com'è noto, in Italia la sospensione del processo con messa alla prova (recentemente introdotta con legge 67/2014) prescinde totalmente da considerazioni riguardo alla tenuità del fatto commesso (se si esclude la previsione del mero limite edittale).

⁸ Riguardo alle diverse implicazioni delle soluzioni di diritto materiale e processuale nella dottrina di lingua tedesca, v. V. ERB, *Legalität und Opportunität. Gegensätzliche Prinzipien der Anwendung von Strafrechtsnormen im Spiegel rechtstheoretischer, rechtsstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen*, Berlin, 1999, passim; T. WEIGEND, *Das “Opportunitätsprinzip”*, cit., 103 ss.; R. MOOS, *Das strafprozessuale Legalitätsprinzip in Österreich im Umbruch*, in Miyazawa FS, 1995, 653 ss.; K.L. KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, Berlin, 1984, 347. Da noi, per tutti, C.E. PALIERO, *op. cit.*, 409 ss.

⁹ Di segno opposto è stato il recente intervento del legislatore italiano: l'introduzione degli artt. 131-bis (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*) e

2. Le procedure diversive in Austria e Germania

Nonostante le forti analogie riscontrabili nella legislazione dei due paesi, una diversa configurazione tecnica delle singole fattispecie ha condotto a prassi differenti, determinando reazioni divergenti sia in dottrina sia nell'opinione pubblica rispetto alla utilità e la stessa legittimità degli istituti di natura archiviatoria e riparativa.

Nell'ambito delle fattispecie che rispondono alla logica della opportunità, in questa sede prenderemo in considerazione esclusivamente le ipotesi di *Diversion*, cioè i casi in cui sussiste l'interesse della collettività alla persecuzione del reato, ma questo può essere rimosso e soddisfatto in via alternativa (mediante l'imposizione di obblighi e prescrizioni) (§ 153a dStPO¹⁰; §§ 198 ss. öStPO¹¹).

168-bis nel codice penale sembra accogliere i suggerimenti della dottrina tedesca, che da anni critica fortemente i §§ 153 e 153a StPO, invocando l'introduzione di precise cause di non punibilità che possano operare quali ostacoli alla procedibilità (*Verfahrenshindernisse*) e giustificare l'archiviazione (ad es., misura del danno, occasionalità, situazione sociale dell'autore). Nello specifico, il d.lgs. 28/2015 disegna un istituto di natura *sostanziale*, inquadrabile tra le cause di non punibilità in senso stretto, che presuppone la sussistenza di un reato (di un fatto *antigiuridico* e *colpevole*, ma anche *offensivo* – seppur in grado minimo) e riflette considerazioni di opportunità circa la non applicazione della pena. Diversamente, la legge 67/2014 introduce un istituto *ibrido*: la messa alla prova rappresenta al tempo stesso una causa di estinzione del reato (carattere *sostanziale*) e un nuovo rito speciale (carattere *processuale*).

¹⁰ Ai sensi del § 153a I StPO, «quando si procede per un fatto punibile nel minimo con una pena detentiva inferiore a un anno o con la sola pecuniaria, il PM, con il consenso del giudice competente per il giudizio e dell'indagato, può provvisoriamente rinunciare all'esercizio dell'azione penale e prescrivere all'indagato obblighi o prescrizioni, se questi sono idonei a rimuovere l'interesse pubblico al perseguimento del reato e non vi si opponga la gravità della colpevolezza». La disposizione indica in particolare le seguenti prescrizioni: (1) svolgere una determinata prestazione atta a riparare il danno cagionato dal fatto; (2) pagare una somma di denaro a favore di enti di pubblica utilità o dell'erario; (3) svolgere una prestazione di pubblica utilità; (4) adempiere all'obbligo di mantenimento; (5) impegnarsi seriamente per raggiungere una mediazione con la vittima e per riparare o tentare di riparare per intero o in buona parte il danno cagionato; (6) partecipare a un corso di formazione; (7) partecipare a un corso di recupero ai sensi del § 2b, II, periodo 2, oppure a un corso di guida ai sensi del § 4 della legge sulla circolazione stradale.

Resta così sullo sfondo la disciplina dei casi in cui l'addebito è di scarsa importanza e non sussiste alcun interesse della collettività alla persecuzione penale (§ 153 dStPO; § 191 ss. öStPO)¹². In Germania e

Il comma 1 del § 153a dStPO prevede inoltre che «per l'adempimento delle prescrizioni il PM stabilisce un termine, fino a un massimo di sei mesi nei casi di cui al periodo 2, nn. 1-3, 5 e 7 e fino a un massimo di un anno nei casi di cui al periodo 2, nn. 4 e 6. Il PM può revocare le prescrizioni e prorogarle una sola volta la durata fino a tre mesi. Con il consenso dell'indagato il PM può successivamente imporre nuove prescrizioni o modificare le prescrizioni già imposte.

Se l'indagato adempie le prescrizioni, il fatto non può più essere perseguito come delitto. Qualora l'indagato non adempia le prescrizioni, le prestazioni già svolte non sono risarcibili».

Ai sensi del secondo comma del medesimo paragrafo, «qualora l'azione penale sia già stata esercitata, il giudice, con il consenso del PM e dell'imputato, entro la conclusione del dibattimento può provvisoriamente archiviare il procedimento e prescrivere all'imputato gli obblighi e le prestazioni indicate nel comma 1, periodo 1 e 2. Si applica il comma 1, periodi 3-6 e 8. Il giudice decide con ordinanza. L'ordinanza non è impugnabile». Infine, il comma 3 stabilisce che «durante il periodo previsto per l'adempimento delle prescrizioni il corso della prescrizione è sospeso».

¹¹ Ai sensi del § 198, co. 1, öStPO, «il PM deve procedere secondo le disposizioni di questa sezione, rinunciando all'esercizio dell'azione penale, quando sulla base di fatti sufficientemente accertati è esclusa l'archiviazione ai sensi dei §§ 190-192, ma, in considerazione (1) del pagamento di una somma di denaro (§ 200) oppure (2) dello svolgimento di prestazioni di pubblica utilità (§ 201) oppure (3) della concessione della sospensione con messa alla prova, unitamente all'affidamento ai servizi sociali e all'adempimento di prescrizioni (§ 202) oppure (4) della compensazione del fatto, la pena non appare necessaria al fine di trattenere l'indagato dalla commissione di reati o di prevenire la commissione di reati da parte di terzi». Il secondo comma del § 198 öStPO prevede che il ricorso alle misure diversive è consentito soltanto quando «1. il fatto è punito con una pena non superiore a 5 anni; 2. la colpevolezza dell'accusato non sarebbe da considerarsi grave (§ 32 StGB) e il fatto non abbia cagionato la morte di una persona, salvo che si tratti di omicidio colposo di un familiare dell'accusato e la pena non appaia necessaria in considerazione della sofferenza psichica dell'accusato determinata dalla morte del familiare».

Il § 199 öStPO stabilisce che «dopo l'esercizio dell'azione penale per un reato procedibile d'ufficio le disposizioni di cui ai §§ 198, 200-209 sono applicate dal giudice competente e il procedimento deve essere archiviato in presenza dei medesimi presupposti entro la conclusione del dibattimento».

¹² In merito all'archiviazione per tenuità negli ordinamenti tedesco e austriaco, rinviamo a K. SUMMERER, *Tra esiguità e condotte riparatorie: l'esperienza tedesca*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2016, II, 265 ss.

Austria, infatti, la diversione presuppone più esplicitamente una valutazione di tenuità del fatto e riveste (come peraltro anche in Italia) carattere residuale rispetto all'archiviazione per tenuità¹³.

Le disposizioni rappresentano uno strumento di deflazione del carico giudiziario mediante la valorizzazione di un percorso alternativo al processo che, se svolto con esito positivo, comporta l'insorgere di una causa di improcedibilità. Le finalità perseguite sono identiche: innanzitutto, la definizione alternativa del procedimento (*diversion*) e la deflazione del carico giudiziario; la mediazione tra autore e vittima e la riparazione del danno (*restorative justice*); infine, la logica premiale insita nello scambio tra indagato/imputato e ordinamento.

La rinuncia all'azione penale prescinde in questo caso da una valutazione in concreto circa la tenuità del fatto (salva la generale limitazione del campo di applicazione della norma ai *Vergehen* in Germania e ai delitti puniti con una pena inferiore a cinque anni in Austria): sia in Austria sia in Germania, così come in Italia a seguito della introduzione *ex lege* 67/2014 della sospensione del processo con messa alla prova (artt. 168-*bis* ss. c.p. e artt. 464-*bis* ss. c.p.p.), i due istituti sono disciplinati separatamente e la diversione appare residuale rispetto all'archiviazione per tenuità del fatto. Mentre in Germania i §§ 153 e 153a sono concepiti inizialmente come “gemelli”, in Austria le norme sono espressamente alternative tra loro.

Come già ricordato, in Germania il § 153a fu introdotto dall'*EGStGB (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch)* nel 1974, ad integrazione del § 153 dStPO, contestualmente alla cancellazione delle contravvenzioni (*Übertretungen*) e nel quadro di una riforma più generale orientata a potenziare gli strumenti di definizione alternativa del procedimento. Il *RPfLEG (Rechtspflegeentlastungsgesetz)* del 1993 eliminò l'originario limite della esiguità della colpevolezza, ancora contemplato dal § 153, e furono ampliate le condizioni per procedere all'archiviazione senza il consenso del giudice competente. L'ambito di applicazione della norma fu così esteso ben al di là della microcrimina-

¹³ La dottrina austriaca distingue tra *schlichte Diversion*, com'è appunto quella per tenuità del fatto, e *intervenierende Diversion*, caratterizzata dall'imposizione di prescrizioni e obblighi. Per tutti, v. H.V. SCHROLL, in H. FUCHS, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung – WK-StPO*, Wien, 2009, § 191 e ss.

lità, consentendo il pieno sfruttamento del potenziale depenalizzante dell'istituto¹⁴.

In Austria la disciplina attuale è il risultato della riforma n. 19 del 2004, che ha sostanzialmente ripreso i principi generali e l'ampio catalogo di misure per la definizione alternativa del procedimento – veri e propri istituti di *restorative justice* – introdotti dalla precedente riforma del processo penale (legge 55/1999)¹⁵. L'intervento legislativo del 2004 non ha comportato alcuna decriminalizzazione: non sono state modificate né abrogate fattispecie penali e la nuova disciplina riguarda esclusivamente le modalità di reazione (sul piano processuale) dello Stato alla commissione di determinati reati¹⁶.

Le fattispecie relative alla rinuncia all'azione penale in seguito all'adempimento di misure diversive seguono sostanzialmente un medesimo schema – come, del resto, le fattispecie relative all'archiviazione per tenuità del fatto (§ 153 dStPO e § 191 öStPO).

Sia il § 153a dStPO sia i §§ 198 ss. öStPO disciplinano una archiviazione “condizionata” ovvero la rinuncia provvisoria all'azione penale e la contestuale imposizione all'imputato di determinati obblighi idonei a eliminare l'interesse pubblico al perseguimento del fatto, sempre che non osti la gravità della colpevolezza. Se l'imputato adempie gli obblighi entro il termine stabilito, la rinuncia a procedere diviene definitiva e preclude la possibilità di perseguire lo stesso fatto come reato.

La desistenza dal processo penale per tali delitti bagatellari può avvenire in entrambi gli ordinamenti sia prima sia dopo l'esercizio dell'azione penale.

Rispetto alle ipotesi di tenuità vi è un *quid pluris*: l'imposizione di obblighi e prescrizioni. Al posto della sanzione penale si applica, sotto

¹⁴ Riguardo all'evoluzione storica dell'istituto, v. M. HORSTMANN, *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, Berlin, 2002, 155 ss.

¹⁵ Occorre ricordare, per completezza, che alcuni strumenti di diversione (*außergerichtlicher Tatausgleich* - ATA) erano già previsti a partire dal 1988 nel *Jugendgerichtsgesetz* (§§ 6 ss.) e che nel *Suchtmittelgesetz* - SMG (legge sugli stupefacenti) del 1998 era contemplata (nei §§ 35-37) la sospensione del processo con messa alla prova del tossicodipendente.

¹⁶ Sulla riforma, v. la relazione del Ministero della Giustizia austriaco, *Einführungserlass (zweiter Teil) zur Strafprozessnovelle 1999 (“Diversion”)*, JMZ 578015/35/II3/99 (consultabile su www.ris.bka.gv.at).

forma di obblighi e prescrizioni, una “sanzione” autonoma di natura non penale, la quale deve essere idonea a rimuovere l’interesse pubblico al perseguimento del fatto e a compensare la colpevolezza (non necessariamente lieve) dell’autore, rendendo superflua – da un punto di vista special e generalpreventivo – l’irrogazione di una pena vera e propria.

Da un lato, si tocca un ambito che va ben al di là della microcriminalità, in cui l’archiviazione per tenuità non sarebbe più applicabile, perché l’archiviazione priva di conseguenze penali sarebbe contraria all’interesse pubblico. Dall’altro, si introduce un procedimento sanzionatorio del tutto nuovo¹⁷.

Esistono tuttavia notevoli differenze di approccio in Austria e Germania.

In Germania la dottrina è molto critica e invoca da tempo una rivisitazione delle norme, se non addirittura l’abrogazione delle stesse. La soluzione processuale si è rivelata problematica per diverse ragioni. In primo luogo, le norme si riferiscono a una materia in concreto non prevedibile né suscettibile di regolamentazione dettagliata, trattandosi per definizione del caso individuale, del caso eccezionale; in secondo luogo, l’indeterminatezza dei presupposti e l’applicazione di misure in senso lato “sanzionatorie” genera un conflitto con i principi fondamentali di determinatezza, uguaglianza, presunzione di innocenza e divisione dei poteri; infine, la prassi ha condotto all’attribuzione di un enorme potere ai PM e a procedure scarsamente trasparenti, dando adito alla impressione di una vera e propria “commercializzazione” della giustizia penale.

Diversamente, in Austria le voci critiche, piuttosto isolate, colpiscono specifici aspetti della disciplina senza mai mettere in dubbio la fondamentale legittimità dell’istituto. La dottrina, in definitiva, considera

¹⁷ E. WEBLAU, in *Systematischer Kommentar zur StPO*, vol. III, 5. ed., Köln, 2015, § 153a, n. 2. Secondo la dottrina tedesca, si tratterebbe di una nuova tipologia di definizione alternativa del procedimento attuata in forza della volontaria sottomissione dell’imputato alle misure imposte dall’organo giudiziario (*Beendigungsverfahren mit Selbstunterwerfung*). Per questa espressione, v. BGHSt 28,70; v. anche B. SCHMITT, in L. MEYER-GÖBNER, B. SCHMITT, *Strafprozessordnung*, 58. ed., München, 2015, § 153a, n. 12; E. WEBLAU, *SK-StPO*, cit., § 153a, n. 2.

la disciplina della diversione un vero e proprio “fiore all’occhiello” del sistema penale.

Ciononostante, in Austria, paradossalmente, il ricorso alle misure diversive ha subito negli anni un progressivo calo, in controtendenza rispetto all’esperienza tedesca. Le ragioni della recente inversione di tendenza in Austria possono individuarsi, da un lato, nel generale clima politico-criminale, orientato a un progressivo inasprimento delle pene e caratterizzato dall’esigenza di soddisfare il crescente bisogno di pena espresso dalla collettività; dall’altro, nella particolare lunghezza e gravosità del procedimento (specialmente della mediazione)¹⁸.

3. Le peculiarità della disciplina austriaca

La *Strafprozessordnung* austriaca dedica alla rinuncia al perseguimento del fatto con contestuale imposizione di misure diversive (*Rücktritt von der Verfolgung – Diversion*) un’intera sezione (11. *Hauptstück*, §§ 198 ss.).

La scelta del legislatore austriaco appare particolarmente innovativa e coraggiosa¹⁹.

¹⁸ In merito, v. K. SCHWAIGHOFER, *Diversionen im Abwind?*, in *JSt*, 2013, 102 ss. V. però anche diminuzione complessiva dei procedimenti conclusi, cioè aumento archiviazione semplice.

¹⁹ Si vedano, per tutti, M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, in *Perspektiven der Diversion in Österreich, Schriftenreihe des BMJ*, 1995, 123 ss.; M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht*, Wien, 1996; H.V. SCHROLL, *Diversion als Ausdruck eines Paradigmenwechsels der Strafrechtsdogmatik*, in *Moos FS*, Wien, 1997, 259 ss.; R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (a cura di), *Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Wien, 1999; H. HINTERHOFER, *Diversion statt Strafe. Untersuchungen zur Strafprozessnovelle 1999*, Wien, 2000; R. MOOS, *Neue Diversionsmaßnahmen im österreichischen Strafrecht*, in *Müller-Dietz-FS*, München, 2001, 535 ss.; H. SCHÜTZ, *Diversionsentscheidungen im Strafrecht*, Wien, 2003; R. MIKLAU, *Der österreichische Weg zur Diversion im Strafrecht*, in *Michalek FS*, 2005, 297 ss.; H.V. SCHROLL, *Die aktuelle Diversionsregelung*, in *ÖJZ*, 2009, 20 ss. In prospettiva comparata, G. MANNOZZI, *op. cit.*, 211 ss.

Da un lato, il tetto massimo di pena stabilito per accedere alle forme di *Diversion* consente di includere reati di media gravità (anche perché, analogamente a quanto accade in Germania, la diversione non si applica ai fatti bagatellari, per i quali è già consentita la rinuncia all'azione penale in virtù del § 191 öStPO). Dall'altro, nella legislazione austriaca vi è una più audace adesione al modello della *restorative justice* e una maggiore attenzione per la vittima: la rinuncia all'azione penale è condizionata alla riparazione del danno e il § 206 öStPO, dedicato espressamente ai diritti e agli interessi della persona offesa, impone di tenere sempre in considerazione l'interesse della vittima a essere informata riguardo alle modalità di definizione alternativa del procedimento e di favorire per quanto possibile la riparazione del danno subito²⁰.

La legislazione austriaca in materia di diversione, certamente pionieristica ai suoi esordi negli anni Ottanta (con le prime sperimentazioni nella giurisdizione minorile e il precoce ricorso all'*außergerichtlicher Tatausgleich* nel processo per adulti), rappresenta tutt'ora un esempio molto avanzato, assunto a modello anche in ambito europeo.

Va ricordato, a questo proposito, che negli anni Novanta l'Austria rivestì un ruolo guida nel Comitato di esperti del Consiglio d'Europa su *Mediation in Penal Matters*, che elaborò standard europei per la mediazione penale successivamente confluiti nella raccomandazione No. R (99) 19.

Questo innovativo strumento di politica criminale suscitò notevole attenzione e riconoscimento anche a livello internazionale e gli studi hanno confermato l'elevato grado di successo della riforma in termini di calo delle recidive, riparazione e risarcimento dei danni, soddisfazione delle vittime, collaborazione tra autorità giudiziaria e associazioni professionali impegnate nella realizzazione delle misure di diversione. Proprio quest'ultimo aspetto costituisce una significativa peculiarità della disciplina austriaca della diversione: ai servizi sociali è attribuito,

²⁰ H. FUCHS, *Diversion und Tatopfer*, in R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (a cura di), *Diversione ein anderer Umgang mit Straftaten*, 1999, 39 ss.; M. EDER-RIEDER, *Die Stellung des Opfers im neuen Strafverfahren*, in *JSt*, 2008, 113 ss.; M. HILF, P. ANZENBERGER, *Opferrechte – Die Stellung des Opfers im Strafverfahren*, in *ÖJZ*, 2008, 886 ss.; H.V. SCHROLL, *WK-StPO*, 2015, cit., *Vor § 198*, n. 4.

infatti, un ruolo centrale nell'ambito del procedimento di applicazione delle misure diversive²¹.

In Austria ogni anno la percentuale di procedimenti definiti in via alternativa mediante il ricorso a misure diversive supera notevolmente la percentuale di casi di condanna e ciò fa della diversione una costruttiva alternativa al procedimento penale ordinario. In definitiva, la diversione si è consolidata nel corso del tempo come principale risposta alla criminalità in Austria.

Come in Germania e analogamente all'istituto italiano della messa alla prova per adulti, il procedimento si articola in due fasi: alla provvisoria rinuncia all'azione penale segue, dopo l'adempimento delle prescrizioni imposte all'indagato/imputato, la definitiva archiviazione (§ 205 öStPO). Si tratta di una sorta di "archiviazione condizionata" all'adempimento delle prestazioni.

Anche in Austria le misure di diversione presuppongono l'assenso della persona sottoposta a procedimento penale, atteso che solo il consenso può legittimare l'applicazione di una sanzione in presenza di un mero sospetto – per quanto fondato – di reato. Nelle misure diversive la volontaria adesione al programma alternativo al processo rappresenta un presupposto essenziale sia da un punto di vista prettamente dogmatico (per salvaguardare le garanzie processuali), sia da un punto di vista criminologico (un percorso imposto non sarà mai responsabilizzante e rieducativo quanto uno scelto)²².

La rinuncia all'azione penale può essere disposta dal PM o dal giudice rispettivamente durante le indagini preliminari e dopo l'esercizio dell'azione penale, in presenza di determinati presupposti.

All'interno dei limiti edittali segnati dal legislatore, deve sussistere, in primo luogo, un quadro probatorio sufficientemente chiaro e deve potersi escludere una archiviazione per tenuità del fatto ai sensi dei

²¹ In Austria è attiva, in particolare, l'associazione *Neustart*, che offre servizi di riabilitazione e reinserimento, mediazione e prevenzione per autori e vittime di reato. In argomento, v. S. SITTENTHALER, A. EISENRIEGLER, *Staatsanwaltschaft und soziale Arbeit*, in W. PILGERMAIR (a cura di), *Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert*, 2001, 319 ss.

²² Per tutti, v. F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, in *Jesionek FS*, 2002, 329 ss.

§§ 190-192 öStPO. Come nell'analogia disciplina tedesca, è necessario che il PM ravvisi sufficienti (*hinreichend*) elementi di prova rispetto alla sussistenza del fatto e alla sua riconducibilità all'autore, tali da sostenere la richiesta di rinvio a giudizio.

Alla rinuncia a procedere non devono ostare, inoltre, ragioni specialpreventive e generalpreventive.

Come si può osservare anche riguardo al § 153 dStPO, la presenza di un pubblico interesse al perseguimento del reato si deduce dagli scopi della pena, ovvero dalle esigenze generalpreventive e specialpreventive rinvenibili nel caso concreto. Occorre stabilire se la rinuncia alla prosecuzione del procedimento e all'applicazione della pena possa avere un positivo effetto sull'autore (anche in termini di prevenzione della recidiva) oppure se in nome di esigenze della collettività (specialmente con riguardo ai fenomeni di criminalità di massa) una sanzione appaia necessaria.

Quale ultimo requisito il legislatore contempla la colpevolezza non grave (non già "esigua"), da valutarsi considerando complessivamente *Handlungsunwert*, *Erfolgswert* e *Gesinnungswert*, e la circostanza che dal fatto non sia derivata la morte della vittima.

La norma si riferisce evidentemente alla colpevolezza che allo stato degli atti appare accertabile. La valutazione della "non gravità" della colpevolezza poggia pertanto su un ragionamento ipotetico e prognostico: il PM o il giudice deve chiedersi quale sarebbe la colpevolezza se si andasse a giudizio. Secondo l'indirizzo dominante sia in Austria sia in Germania si tratta della colpevolezza riferita al momento del giudizio e della commisurazione della pena (*Strafzumessungsschuld*) e non della colpevolezza riferita al momento del fatto (*Tatschuld*)²³. Ne consegue che ai fini della valutazione della colpevolezza devono essere presi in considerazione anche elementi indipendenti dalla colpevolezza o circostanze emerse dopo il fatto²⁴.

²³ Per tutti, v. H.V. SCHROLL, *WK-StPO*, cit., § 198, n. 13; in Germania, v. E. WEBLAU, *SK-StPO*, cit., § 153, n. 17.

²⁴ La giurisprudenza riconosce una colpevolezza grave nei seguenti casi: reiterazione della condotta criminosa durante il procedimento penale; commissione di un reato poco tempo dopo una condanna; aggressione brutale e immotivata; umiliazione della

Secondo quanto disposto dal § 198, co. 2, öStPO, la causazione della morte, in quanto fatto intrinsecamente grave, costituisce un limite assoluto al ricorso a misure diversive. Si tratta di un requisito negativo, recentemente modificato ad opera della legge di riforma del processo penale (*Strafprozessänderungsgesetz* II 2016, BGBl. I, Nr. 121/2016) mediante l'introduzione di una clausola di eccezione relativa alla uccisione colposa di un familiare. La riforma ha esteso alla *Strafprozessordnung* la disciplina già prevista dal § 7 dello *Jugendgerichtsgesetz* (così come modificato dalla legge di riforma del 2007, BGBl. I 2007/93), consentendo di applicare misure diversive ai casi peculiari in cui il soggetto accusato di omicidio colposo in danno di un familiare si trovi a causa del fatto commesso in uno stato di sofferenza psichica tale da rendere inutile l'irrogazione di una pena ordinaria. La dottrina ha opportunamente sottolineato che il requisito della grave sofferenza psichica deve essere accertato in concreto, non essendo automaticamente deducibile dalla relazione di parentela con la vittima²⁵.

4. Le singole misure diversive in Austria

Le singole misure diversive sono contemplate dai §§ 200-204 öStPO.

Per l'adempimento degli obblighi e delle prescrizioni l'organo giudiziario competente fissa un termine, all'interno della soglia massima stabilita dal legislatore, a seconda della misura proposta. Soltanto quando le prescrizioni saranno state completamente eseguite il procedimento potrà essere archiviato definitivamente.

Occorre qui ribadire che la riparazione e la compensazione, anche soltanto parziale, del danno costituiscono una condizione essenziale per poter disporre l'archiviazione definitiva del procedimento, a conferma

vittima; particolare intensità e violenza della condotta; abuso di una relazione di fiducia (per una rassegna, v. H.V. SCHROLL, *WK-StPO*, cit., § 198, n. 31).

²⁵ H.V. SCHROLL, *WK-StPO*, cit., § 198, 45.

del fatto che alle misure riparative viene assegnata la funzione di tecnica di *diversion*, cioè di definizione *alternativa* del procedimento²⁶.

- a) Il pagamento di una somma di denaro a favore dello Stato (*Zahlung eines Geldbetrags*) rappresenta in Austria, come del resto in Germania, la misura più frequentemente applicata a reati meno gravi e ai *Massendelikte* (ad es., furti negli esercizi commerciali, reati contro il patrimonio di lieve entità, incidenti stradali), per i quali si prospetta inutile la mediazione personale e complicata la compensazione del danno, al fine di conseguire una più rapida riparazione del danno rispetto al procedimento penale (il pagamento deve avvenire entro 14 giorni, salva la possibilità di dilazionare e rateizzare il pagamento fino a 6 mesi)²⁷.

Contrariamente alla disciplina tedesca, ove la misura non è soggetta ad alcun limite massimo, con la conseguenza che il pagamento di una somma di denaro costituisce una sanzione di natura sostanzialmente “penale” (con tutte le problematiche connesse a tale inquadramento)²⁸, in Austria è opportunamente fissato un tetto commisurato alla pena pecuniaria.

- b) La misura della prestazione di pubblica utilità (*gemeinnützige Leistung*), detta anche *community service*, contempla lo svolgimento a titolo gratuito di un servizio a favore della collettività (di regola si

²⁶ Anche la Germania contempla la misura della riparazione del danno (la c.d. *Wiedergutmachung*), che rappresentava, nel disegno del legislatore del 1974, lo strumento privilegiato per la compensazione dell'interesse pubblico e il ristabilimento della pace sociale. La riparazione del danno, prevista dal § 153a, co. 1, dStPO sia quale autonoma prescrizione (*Weisung*) imposta all'accusato sia quale finalità connaturata alla mediazione con la vittima (*Täter-Opfer-Ausgleich*) (rispettivamente nn. 1 e 5), risulta a tutt'oggi scarsamente applicata in Germania. Riguardo alle prospettive della *Wiedergutmachung*, v. C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem*, in *Baumann FS*, Bielefeld, 1992, 243 ss.; *Alternativentwurf zur Wiedergutmachung*, a cura dell'*Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer*, München, 1992.

²⁷ H. SCHÜTZ, *Diversionsentscheidungen*, cit., 124 ss.; R. MIKLAU, *Die Geldbußen sind nicht verfassungswidrig*, in *JSt*, 2005, 160 ss.; W. PLEISCHL, *Das Geldbußensystem*, in R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (a cura di), *Diversion*, cit., 99 ss.

²⁸ Critico al riguardo, G. FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozeß*, in *ZStW*, 1994, 29.

tratta di impieghi all'interno di istituti caritatevoli, ospedali, ospizi o luoghi di cura oppure dell'adempimento di prescrizioni a tutela dell'ambiente e degli spazi pubblici)²⁹ e si applica soprattutto quando non è identificabile una vittima o un danneggiato (si pensi, ad es., al danneggiamento di strutture pubbliche o ad atti di vandalismo, ai reati ambientali). Per la sua afflittività la misura è indicata nei casi di media criminalità (risse, aggressioni) o di reiterazione del fatto (violenze domestiche, condotte determinate dall'abuso di alcool). La misura dovrebbe trovare applicazione soprattutto nei confronti dei soggetti che possono beneficiare dell'effetto risocializzante di un impiego temporaneo o di una misura per così dire "speculare" al reato commesso (nella prassi si applica sovente nei confronti di giovani)³⁰.

- c) La messa alla prova (*Probezeit*) rappresenta la misura meno afflittiva per l'accusato, indicata nelle ipotesi eccezionali in cui la sola minaccia della prosecuzione del procedimento penale in caso di violazione delle prescrizioni è di per sé sufficiente a prevenire la commissione di nuovi reati.

Qualora il disvalore del fatto, seppur minimo, non legittimi una archiviazione per tenuità ex § 191 öStPO, il danno sia insignificante o sia già stato riparato e vi sia una positiva prognosi specialpreventiva, l'AG può rinunciare a imporre obblighi e prescrizioni al soggetto, limitandosi a sospendere il procedimento (*Probezeit ohne Begleitmaßnahmen*). Di regola, tuttavia, la misura prevede che durante il periodo di sospensione (da 1 a 2 anni) il soggetto sia affidato ai servizi sociali (*Bewährungshilfe*) e adempia determinate prescrizioni, impegnandosi a non incorrere in nuovi reati. A compensazione della particolare tenuità della misura, il legislatore ha stabilito espressamente l'obbligo di riparare il danno (nei limiti delle proprie possibilità) o di compensare altrimenti le conseguenze del reato (§ 203, co. 2, öStPO).

Si tratta di una misura molto blanda che, mediante l'imposizione di svariate prescrizioni (ad es., frequentare corsi di guida, corsi di for-

²⁹ In Germania si parla di *gemeinnützige Dienstleistungen*.

³⁰ H. SCHÜTZ, *Diversionsentscheidungen*, cit., 133; H. HINTERHOFER, *Diversion*, cit., 31.

mazione o recupero, corsi di educazione civica e storia; sottoporsi a *training* anti violenza o a una consulenza; astenersi dal consumo di sostanze stupefacenti o alcoliche; sottoporsi a terapie e percorsi di disintossicazione ecc.), mira a modificare scorrette abitudini di vita del soggetto o a superare temporanee situazioni di crisi (disoccupazione, divorzio, dipendenza, deficit psicosociali, immaturità ecc.)³¹.

- d) La mediazione (*Tatausgleich*), letteralmente “compensazione del fatto”, implica che l'accusato sia disposto ad assumersi la responsabilità del fatto e a confrontarsi con le sue conseguenze, riparando il danno cagionato e adempiendo a determinati obblighi, dimostrando così la volontà di astenersi in futuro dal compimento di condotte illecite³².

La misura, nota precedentemente alla novella del 1999 come *außergerichtlicher Tatausgleich* (ATA) e talvolta definita anche *Konfliktregelung*, rappresenta la misura diversiva per eccellenza. Essa mira a risolvere la situazione di conflitto generata dal reato (elemento ristorativo), indurre l'accusato a riconoscere l'illiceità del fatto com-

³¹ Prescrizioni sostanzialmente analoghe possono essere disposte in Germania sulla base del § 153a dStPO, dove l'elencazione delle misure diversive non è tassativa, ma meramente esemplificativa ed è prevista una clausola generale relativa ad «altre prescrizioni» (*sonstige Auflagen*), al fine di ampliare il più possibile il ventaglio di misure configurabili nel caso concreto e assicurare la necessaria discrezionalità. Dalla casistica emerge l'imposizione dei più svariati obblighi: frequentare corsi di formazione e recupero; modificare determinati processi produttivi o adottare determinate misure o dispositivi tecnici (specialmente in caso di reati ambientali, violazione della normativa antinfortunistica, danno da prodotto ecc.). Per una rassegna, v. E. WEBLAU, *SK-StPO*, cit., § 153a, n. 50. Il § 153a dStPO, peraltro, prevede espressamente l'obbligo di partecipare a un corso di formazione sociale (*Teilnahme an einem Aufbauseminar*) oppure a un corso di recupero ai sensi del § 2b, II, periodo 2, oppure a un corso di guida ai sensi del § 4 della legge sulla circolazione stradale, nelle ipotesi di violazioni di disposizioni relative alla circolazione stradale.

³² Nell'ambito di una letteratura ormai piuttosto vasta, v. per tutti, R. MOOS, *Tatausgleich statt Strafe in Österreich*, in *SchZStR*, 1993, 56 ss.; W. HAMMERSCHICK, C. PELIKAN, A. PILGRAM, *Soziale Konflikte vor Gericht und im Außergerichtlichen Tatausgleich – eine Gegenüberstellung*, in *Jahrbuch für Recht – und Kriminalsoziologie*, 1994, 95 ss.; C. BERTEL, *Der außergerichtliche Tatausgleich – eine kriminalpolitische Betrachtung*, in *Triffterer FS*, 1996, 551 ss.; J. STUMMER, *Außergerichtlicher Tatausgleich und Rechtsauskunft*, 2002.

messo e le sue cause (elemento retrospettivo-emotivo) e ad astenersi in futuro da comportamenti criminosi (elemento preventivo)³³. La mediazione ha lo scopo essenziale di superare il conflitto tra autore e vittima e ripristinare la pace turbata, giungendo a una compensazione soddisfacente per entrambe le parti. Si esige, pertanto, ben più di una mera riparazione del danno: è necessario il pieno coinvolgimento della vittima, il cui consenso è indispensabile per l'applicazione della misura e per il suo esito positivo.

La compensazione richiesta all'autore del fatto è, in primo luogo, di tipo economico (restituzione o risarcimento del danno); sono inoltre configurabili prestazioni sostitutive (lavoro o servizi) in favore della vittima, così come prestazioni simboliche (soprattutto in caso di reati di pericolo o delitti tentati). Tra queste ultime riveste un ruolo particolare la richiesta di scuse alla vittima (*Entschuldigung*) nell'ambito di un apposito colloquio guidato da un mediatore.

La misura si applica espressamente solo a fatti che colpiscono beni individuali (anche se nell'ambito di reati superindividuali o senza vittima determinata) ed essa appare particolarmente indicata quando i soggetti coinvolti vivono nello stesso ambiente (vicinato, lavoro, famiglia, scuola, circolazione stradale, ecc.)³⁴.

5. Gli aspetti essenziali del procedimento

Il ricorso alla *Diversion* è consentito sia al PM sia al giudice (entro la conclusione del dibattimento).

³³ H.V. SCHROLL, *WK-StPO*, cit., § 204, n. 1.

³⁴ Anche in Germania tra le misure esigibili figura ora la mediazione (*Täter-Opfer-Ausgleich*), grazie all'intervento del *Gesetz zur strafrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs* del 20.12.1999, che ha altresì introdotto il § 155a dStPO, che impone agli organi giudiziari di favorire, in ogni stato e grado del procedimento, la mediazione tra reo e vittima. Si veda la relazione di accompagnamento al disegno di legge *BT-Drucksachen* 14/1928 e, in dottrina, D. DÖLLING, *Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Bonn, 1998. Sul controverso rapporto tra la mediazione imposta come misura ex § 153a e il procedimento di mediazione ex §§ 155a e 155b dStPO, v. E. WEBLAU, *SK-StPO*, cit., § 153a, n. 48.

In particolare, al PM è concesso il potere – originariamente riservato al giudice – di disporre autonomamente, cioè senza necessità di ricorrere al consenso del giudice competente, una misura diversiva e di stabilirne gli effetti sulla vicenda processuale³⁵. Al PM sono così attribuite funzioni sostanzialmente giudiziarie.

Anche il giudice competente a decidere dopo l'esercizio dell'azione penale può proporre le misure riparative senza il consenso del PM (entro la conclusione del dibattimento)³⁶. Il relativo provvedimento, impugnabile esclusivamente dal PM, non viene iscritto nel casellario giudiziario (come, del resto, anche in Germania).

Ai sensi del § 208 öStPO, al fine di determinare le misure più idonee nel caso concreto, l'organo giudiziario può coinvolgere il responsabile della mediazione (*Konfliktregler*) o i servizi sociali³⁷. Come già sottolineato, si tratta di una peculiarità della disciplina austriaca, che intende implementare il ricorso alle misure diversive proprio in forza dello stretto legame e della collaborazione tra AG e servizi sociali (anche associazioni private)³⁸.

Benché la vittima non abbia il diritto di richiedere il proseguimento del procedimento, né di sollecitare un vaglio giurisdizionale della decisione (opposizione e richiesta di proseguimento del procedimento sono, infatti, previste esclusivamente nell'ambito dell'archiviazione per tenuità del fatto ex §§ 190-192 öStPO), il legislatore austriaco ha previsto precisi obblighi di comunicazione nei confronti, da un lato, della polizia giudiziaria e del giudice competente e, dall'altro, dell'accusato e della vittima (§§ 206, 207 e 208 III öStPO).

³⁵ In Germania, diversamente, il PM deve ottenere il parere favorevole del giudice competente, che però ha natura di vaglio giurisdizionale esclusivamente sull'applicazione dell'istituto e di verifica dei requisiti di legittimità (consenso delle parti, sussistenza delle condizioni normativamente previste). La dottrina tedesca ha segnalato come nella prassi tale meccanismo di garanzia venga, di fatto, vanificato, poiché l'assenso viene prestato in modo pressoché automatico e routinario.

³⁶ Il legislatore tedesco, che pure assegna il potere di iniziativa sia al PM sia al giudice, ha invece previsto l'obbligo di ottenere rispettivamente il consenso dell'altro.

³⁷ In Austria è attiva soprattutto l'associazione *Neustart*.

³⁸ In merito, v. S. SITTENTHALER, A. EISENRIEGLER, *Staatsanwaltschaft und soziale Arbeit*, cit., 319 ss.

La vittima, in particolare, ha diritto di essere informata riguardo all'archiviazione e alle sue motivazioni per poter conoscere la reazione dello Stato di fronte al conflitto generato dalla commissione del reato. Per il legislatore austriaco tale previsione risulta sufficiente, nella convinzione che il riconoscimento del ruolo della vittima non possa spingersi fino al punto di determinare un condizionamento o una limitazione nell'applicazione dell'istituto della diversione.

Ai sensi del § 205, co 1, öStPO, la definitiva archiviazione disposta dal PM o la rinuncia a procedere pronunciata dal giudice produce un effetto preclusivo, che vieta la riapertura del processo, salvo per i casi nei quali è prevista la revisione delle sentenze (*ordentliche Wiederaufnahme*, §§ 205, co. 1, e 352 öStPO), e impedisce, in virtù del principio *ne bis in idem*, di perseguire nuovamente lo stesso fatto³⁹.

6. Considerazioni conclusive

Come già accennato, Austria e Germania, pur condividendo *ratio*, finalità e principi generali nella disciplina della diversione, hanno sperimentato prassi assai differenti, che hanno a loro volta diversamente influenzato le prese di posizione della dottrina e l'opinione pubblica⁴⁰.

³⁹ Una nuova azione penale è ammissibile soltanto qualora emergano nuovi elementi di prova indicativi di un fatto più grave o di un grado maggiore di colpevolezza, si accertino precedenti commessi all'estero o intervenga la morte della vittima. H.V. SCHROLL, *WK-StPO*, cit., § 205, n. 3.

⁴⁰ Per una panoramica delle questioni dibattute nella dottrina tedesca, v. E.W. HANACK, *Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform*, in *Gallas FS*, Berlin-New York, 1973, 347 ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?*, in *JZ*, 1973, 529; V. ERB, *Legalität*, cit., 41 ss.; H.J. HIRSCH, *Die Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZStW*, 1980, 224; C. ROXIN, B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 28. ed., München, 2014 81; M. HORSTMANN, *op. cit.*, 155 ss. Per i principali rilievi critici nella dottrina austriaca, v., da diverse angolazioni, M. BURGSTALLER, *Wohin geht unser Strafprozess?*, in *JBl*, 2002, 273 ss.; P. PERNTHALER, C. RANACHER, *Der verfassungswidrige "Ablasshandel"*, in *JBl*, 2002, 280 ss.; H. SCHÜTZ, *Diversionsentscheidungen im Strafrecht*, 2003, passim; A. BIRKLBAUER, *Reform der Diversion? Vorgesehene und diskutierte Änderungen*, in *JSt*, 2004, 109 ss.; K. SCHWAIGHOFER, *Reformbedarf bei der Diversion*, in *JSt*, 2003, 130 ss.; C. BERTEL, *Verfassungswidrige Geldbußen*, in *JSt*, 2005, 109 ss.

Come dimostrano le statistiche, la diversione trova larga applicazione nella prassi, in Austria in virtù della radicata fiducia nella sua efficacia preventiva, in Germania in qualità di strumento polivalente atto a risolvere problematiche assai eterogenee. Notevoli divergenze si riscontrano, tuttavia, nella tipologia di misura più frequentemente applicata. Nel 2015 in Austria 41,5% (12.876) dei procedimenti penali archiviati si è concluso con il pagamento di una somma di denaro e 21% (6.553) in seguito a mediazione (*Tatausgleich*)⁴¹. La situazione è ben diversa in Germania, dove nello stesso anno ben l'82% (144.963) dei procedimenti archiviati si è concluso con il pagamento di una somma di denaro e soltanto 5,7% (9.997) attraverso un procedimento di mediazione (*Täter-Opfer-Ausgleich*)⁴².

Soprattutto in Germania, l'evoluzione dell'istituto e le attuali tendenze nella prassi sembrano mostrare che la stessa logica della *diversion*, originariamente celebrata come elemento essenziale della riforma, è caduta in secondo piano. Nel corso del tempo il § 153a dStPO, a dispetto della sua originaria *ratio*, è stato utilizzato sempre più spesso per chiudere rapidamente indagini preliminari complesse ed estese, riguardanti casi connotati da danni elevati e accuse politicamente significative⁴³, reati fiscali e tributari, reati ambientali, reati economici e societari⁴⁴. A ciò si aggiunga che in Germania non è previsto un tetto massimo di gravità per i fatti suscettibili di archiviazione, né un tetto massimo per la somma di denaro oggetto del pagamento in favore dello Stato; sia i presupposti applicativi sia le misure prescrivibili al soggetto sottoposto a procedimento penale risultano troppo vaghi per poter assicurare

⁴¹ Cfr. il già citato *Sicherheitsbericht* 2015.

⁴² Si vedano le statistiche elaborate dallo *Statistisches Bundesamt* (www.destatis.de).

⁴³ Ricordiamo nel 2001 il procedimento per infedeltà patrimoniale nei confronti dell'ex cancelliere Kohl e il procedimento per l'incendio nell'aeroporto di Düsseldorf; nel 2006 il caso Mannesmann-Vodafone e il procedimento per infedeltà patrimoniale nei confronti del capo di *Deutsche Bank* Josef Ackermann; ancora, più recentemente, nel 2014 il procedimento nei confronti del capo della Formula 1 Bernie Ecclestone.

⁴⁴ Critici, H. DAHS, § 153a StPO – ein “Allheilmittel” der Strafrechtspflege, in *NJW*, 1996, 1192; M. DEITERS, Plädoyer für die Abschaffung des § 153a StPO und die Einführung eines neuen abgekürzten Verfahrens, in *GA*, 2015, 371; E. SCHMIDHÄUSER, Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?, in *JZ*, 1973, 535; F. SALIGER, Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl, in *GA*, 2005, 155 ss.

una uniforme applicazione del diritto e comportano disparità di trattamento in contrasto con il principio di uguaglianza; il legislatore non ha stabilito alcun obbligo di motivazione dei provvedimenti che dispongono o negano la diversione e non ha contemplato obblighi di comunicazione alla vittima⁴⁵.

Di per sé la diversione, muovendo esclusivamente dal riconoscimento dell'inutilità o della dannosità del rito penale, andrebbe intesa indipendentemente da logiche premiali per l'imputato o economiche per il sistema. Da questo punto di vista, l'esperienza austriaca risulta innegabilmente più fedele all'idea originaria della diversione come strumento di prevenzione speciale e generale, fondato sulla rieducazione del reo e attento agli interessi della vittima. Invero, l'approccio del legislatore austriaco si caratterizza proprio per la forte connessione tra diversione e giustizia riparativa, nella misura in cui alla definizione anticipata del procedimento penale è connaturata l'esigenza della riparazione e compensazione del danno.

In definitiva, l'Austria è riuscita a elaborare una soluzione equilibrata, che riesce a sottrarsi allo scetticismo nei confronti dell'effetto pacificatore della rinuncia all'azione penale, nella misura in cui realizza un attento bilanciamento tra gli interessi di tutte le parti coinvolte nel procedimento penale.

⁴⁵ Critici al riguardo, tra gli altri, v. T. WEIGEND, *Das Opportunitätsprinzip*, cit., 108 ss.; M. HORSTMANN, *op. cit.*, 294 ss.; R. BÖTTCHER, *Rücksichtnahme auf Opferinteressen bei der Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO*, in *Stöckel FS*, Berlin, 2010, 161 ss.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE MINORILE

Gabriella Di Paolo

1. Per inquadrare il tema della giustizia riparativa nel procedimento penale minorile, è utile ricordare come sotto l'etichetta *restorative justice* possano ricondursi varie realtà¹, tutte accomunate dal fatto di essere orientate a introdurre un modello alternativo di giustizia penale².

In tali contesti il modello tradizionale di giustizia penale – per così dire “autoritativo”, orientato all'applicazione della sanzione penale classica – viene abbandonato a favore di un modello consensuale, partecipativo, che esalta il ruolo della persona offesa. In base a tale paradigma, lo Stato rinuncia alla risposta punitiva tradizionale perché dopo il fatto-reato interviene un *quid pluris* che va ad incidere direttamente sull'offesa arrecata dal reato. Nella giustizia conciliativa strettamente intesa, l'elemento aggiuntivo è costituito dalla conciliazione tra la vittima e l'autore, la quale ricomponе il conflitto generato dal comportamento illecito. In altre modalità operative della giustizia riparativa il fatto ulteriore è rappresentato da un comportamento volto alla rimozione dell'offesa: viene posta in essere una condotta volta alla eliminazione (o attenuazione) del danno o del pericolo provocato (il c.d. danno

¹ Parla di «entità dai contorni molto sfumati», G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 44.

² Diffusamente in argomento, tra i molti, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit.; EAD., *La giustizia riparativa. Formanti, regole, parole*, Torino, 2017; A. CIAVOLA, *Contributo alla giustizia consensuale o riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015; V. PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, 545 ss.; V. BONINI, *Considerazioni sparse sul ruolo della persona offesa nella restorative justice: profili critici e potenzialità espansive*, in G. DE FRANCESCO, E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi percorsi del processo*, 2016, 149 ss.

criminale), oppure, quando la riduzione in pristino non sia possibile, si provvede al mero risarcimento per equivalente³.

2. Ciò premesso sul carattere poliedrico della giustizia riparativa, va rimarcato come nel sistema processuale italiano le brecce più significative a tale fenomeno si siano aperte – almeno fino alla legge n. 103 del 23 giugno 2017⁴, e non certo per caso – nei microsistemi che hanno dimostrato una maggiore vocazione sperimentale. Ci si riferisce alla giurisdizione penale del giudice di pace, introdotta nel 2000⁵ e natural-

³ Secondo l'art. 2, c. 1, lett. d) direttiva 2012/29/UE, con l'espressione "giustizia riparativa" deve intendersi «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale». In base ad altre fonti internazionali, la nozione può essere ricostruita attraverso molteplici chiavi di lettura, privilegiando, ad esempio, la dimensione conciliativa, oppure quella riparativa o, ancora, quella della gestione comunitaria del conflitto, finendo così per ricomprendere pratiche come la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali (*restorative justice conferencing programme*) e i c.d. *sentencing circles* (v. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000)).

⁴ Successivamente alla redazione del presente contributo, la c.d. riforma Orlando – legge 23 giugno 2017, n. 103 – ha configurato le condotte riparatorie come causa di estinzione del reato. La disciplina di questa nuova causa di estinzione del reato è contenuta nella parte generale del codice penale, all'art. 162-bis c.p., ai sensi del quale, 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. Per la sua portata generale, la nuova fattispecie istintiva dovrebbe essere applicata anche nel sistema di giustizia minorile. Sulle modalità applicative, cfr. *Procura di Tivoli, Prime linee guida per l'applicazione della legge 23 giugno 2017 n. 103*, in *Dir. pen. cont.* (14 settembre), in www.penalecontemporaneo.it.

⁵ La dimensione conciliativa rappresenta, come risaputo, la *ratio essendi* della giurisdizione penale di pace, come reso esplicito nei principi generali di cui all'articolo 2, comma 2, d.lgs. 274 del 2000 («Nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti»), e come poi confermato dall'art. 29, comma 4 d.lgs. 274/2000, che fornisce una collocazione temporale al tentativo di conciliazione e all'esperimento mediativo. L'art. 29 rappresenta, nell'ordinamento processualpenalistico, la prima disposizione a contenere precisi ed espliciti riferimenti a

mente al processo penale minorile. È quest'ultimo infatti a rappresentare l'area storica di sperimentazione di forme di *restorative justice*.

Le ragioni di questa "apertura" del legislatore minorile sono facili da comprendere. Nello scrivere la disciplina del "nuovo" processo penale minorile – ossia il d.P.R. 448/88 – i *conditores* hanno tenuto conto, oltre che dei preziosi chiarimenti offerti dalla giurisprudenza costituzionale sul dovere della Repubblica di «proteggere l'infanzia e la gioventù, favorendo istituti necessari allo scopo» (art. 31, comma 2 Cost.), anche delle sollecitazioni provenienti dalle organizzazioni internazionali, *in primis* le Nazioni Unite e il Consiglio d'Europa. Ed è noto che tali organizzazioni, da molto tempo e con varie fonti, di *hard law* o di *soft law*, hanno raccomandato agli Stati di affrontare il problema della delinquenza minorile introducendo, tra l'altro, strumenti di giustizia riparativa, così da assicurare che il procedimento penale, oltre a svolgere la funzione istituzionale di accertamento dei fatti, si svolga con modalità tali da poter soddisfare le esigenze educative del giovane, diventando un'importante occasione di responsabilizzazione⁶.

In questa prospettiva, ad esempio, le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile adottate dalle Nazioni Unite il 29 novembre 1985 (c.d. Regole di Pechino)⁷ – dopo aver rimarcato che la giustizia minorile «fa parte integrante del processo di sviluppo nazionale di ciascun Paese» (art. 1) e «deve avere per obiettivo la tutela del giovane ed assicurare che la misura adottata nei confronti del giovane sia proporzionale alle circostanze del reato e all'autore dello stesso» (art. 5) – hanno altresì affermato che «dovrebbe essere considerata l'op-

pratiche ristorative affidate a mediatori, e a sancire la regola dell'inutilizzabilità ai fini della decisione delle dichiarazioni acquisite nel corso della procedura di mediazione.

⁶ Per un quadro sulle fonti internazionali e sovranazionali che raccomandano (o impongono) l'introduzione, negli ordinamenti nazionali, di percorsi di giustizia riparativa, cfr. A. CIAVOLA, *Contributo alla giustizia consensuale*, cit., 210 ss.; D. CERTOSINO, *Mediazione*, cit., 111 ss.; V. PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa*, cit., 551 ss.

⁷ Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile adottate, O.N.U., New York, 29 novembre 1985. La traduzione italiana è reperibile all'indirizzo <http://www.istitutosike.com/site/files/Regole-Pechino-1985.pdf>.

portunità, se possibile, di trattare i casi di giovani delinquenti senza ricorrere al processo formale davanti le autorità competenti» (art. 11)⁸.

E ancora, tra le iniziative del Consiglio d'Europa, la Raccomandazione nr. (87) 20 del Comitato dei Ministri del 1987 sulle risposte sociali della delinquenza minorile⁹ affermava che il sistema penale dei minori dovrebbe favorire, se possibile, la rapida fuoriuscita dal circuito giudiziario, anche incoraggiando la ricomposizione del conflitto mediante forme di *diversion* e *mediation* (n. 2). Il Comitato dei Ministri suggeriva altresì il graduale abbandono della pena detentiva e l'incremento delle misure alternative alla detenzione, con invito a prestare particolare attenzione a quelle misure che comportano la riparazione del danno causato o la prestazione di un lavoro di pubblica utilità (*community work*) adatto all'età del giovane e alle finalità educative dell'intervento (n. 14 e 15).

Entrambe le esortazioni in discorso sono state riprese dalla successiva Raccomandazione del Consiglio d'Europa nr. (2003) 20 sulle nuove modalità di trattamento della delinquenza minorile e sul ruolo della giustizia minorile¹⁰, nonché da più recenti documenti e fonti dell'Unione europea, in particolare dalla direttiva 2012/29/UE, contenente norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, che ha sostituito la decisione quadro 2001/220/GAI¹¹. Secondo tali

⁸ I principi espressi nelle Regole di Pechino sono stati ripresi – acquisendo valore vincolante – nella Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989, che dedica ampio spazio alla giustizia minorile, nell'art. 40.

⁹ Raccomandazione nr. (87) 20, sulle risposte sociali alla delinquenza minorile (Consiglio d'Europa, Strasburgo, 17 settembre 1987). Il testo originale (in inglese) è consultabile in http://archivio.transnazionalita.isfol.it/file/CoE_Rec_R87-20%20Eng.pdf.

¹⁰ Raccomandazione nr. (2003) 20, sui nuovi modi di affrontare la delinquenza minorile e sul ruolo della giustizia minorile. Per il testo in inglese, v. <http://www.coe.int/en/web/cm/adopted-texts>.

V. altresì la Raccomandazione nr. (06) 8 sull'assistenza alle vittime del reato, che al §. 13 auspica il ricorso alla mediazione, e la Raccomandazione nr. (08) 11 sulle regole europee per i minorenni destinatari di sanzioni o misure, che sollecita il più ampio ricorso alla mediazione e a misure di tipo riparativo.

¹¹ V. ad esempio, il Parere del Comitato economico e sociale europeo, *La prevenzione e il trattamento della delinquenza giovanile e il ruolo della giustizia minorile nell'Unione europea* (2006/C 110/13), pubblicato in G.U.U.E. 09.05.2006, C 110/75. V. anche la direttiva 2012/29/UE, che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

fonti le più efficaci risposte istituzionali al reato non si trovano nel processo (e in una successiva una misura punitiva), ma soprattutto “fuori” e “prima” di esso, mediante interventi di risocializzazione e supporto che, pur nella cornice del processo, aiutino il minore a individuare percorsi di superamento dell’episodio deviante e/o di ritessitura delle relazioni sociali da esso lacerate (a partire dalla relazione interpersonale con la vittima, sino al legame con la collettività).

3. Chiarita la c.d. filosofia della “minima offensività” del processo penale minorile, come rifondato nel 1988, non v’è da stupirsi che tale procedimento abbia rappresentato il laboratorio per eccellenza di pratiche riparative, le quali hanno germogliato fra le intercapedini normative di una disciplina tendenzialmente silente in materia.

Volendo ora procedere a una rapida carrellata degli “spazi normativi” rilevanti, va anzitutto rammentato l’articolo 9 d.P.R. 448/88, relativo all’accertamento della personalità del minore. Anche se non previsto in modo esplicito, tale norma, imponendo al giudice (e anche il pubblico ministero) l’obbligo di compiere accertamenti sulla personalità del minorenne, getta un vero e proprio “ponte” verso la mediazione penale. Per soddisfare l’obbligo di indagine personologica l’autorità giudiziaria potrebbe infatti rivolgersi anche agli operatori degli uffici di mediazione, chiedendo l’assunzione di informazioni utili per valutare l’opportunità di iniziare un percorso di mediazione tra l’autore del reato e la vittima¹².

Un ulteriore spazio per pratiche riparative potrebbe aprirsi nel corso dell’esecuzione di misure cautelari personali. Il riferimento è all’istituto delle prescrizioni, di cui all’articolo 20 d.P.R. 448/88. In base a tale norma il giudice può impartire al minore specifiche prescrizioni di stu-

¹² Così anche D. CERTOSINO, *Mediazione*, cit., 116 ss. Per qualche esempio delle prassi giurisprudenziali, cfr. F. FUNIVA, *L’esperienza dell’ufficio per la mediazione di Torino*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive* (Atti del seminario di Studi, a cura dell’Ufficio Centrale Giustizia Minorile), Milano, 1999, 111 ss.; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, cit., 65 ss.; F. BRUNELLI, *La mediazione nel sistema penale minorile. L’esperienza dell’Ufficio di Milano*, in G.V. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, 2000, 63 ss.

dio o di lavoro, ovvero «altre prescrizioni utili per la sua educazione». La formula è volutamente ampia e generica, e quindi non può escludersi che queste ultime riguardino anche attività di riparazione del danno in favore della vittima oppure la partecipazione ad un percorso di mediazione.

Un altro importante volano per pratiche di mediazione e/o riparazione già nella fase delle indagini preliminari potrebbe essere costituito dall'istituto della declaratoria di irrilevanza del fatto, di cui all'articolo 27 d.P.R. 448/88. La prassi dimostra come un momento di confronto tra autore e vittima del reato già in questa fase precoce del procedimento penale potrebbe essere un ottimo preambolo per una pronuncia di irrilevanza, soprattutto se l'esito di tale confronto sia di tipo conciliativo o riparativo. Non è nemmeno da escludere che il materiale acquisito nel corso dell'eventuale percorso di mediazione possa essere utile per valutare l'esistenza dei presupposti dell'istituto in discorso (la tenuità del fatto, l'occasionalità del comportamento, il possibile pregiudizio alle esigenze educative del minore derivante dall'ulteriore corso del procedimento).

Naturalmente, va poi ricordato l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, di cui all'art. 28 d.P.R. 448/88. Tale norma rappresenta il dato normativo che per eccellenza apre – e in modo esplicito – a forme di giustizia riparativa. Infatti, nel provvedimento (un'ordinanza) con cui viene disposta la sospensione del processo e la messa alla prova, sulla base del progetto di intervento elaborato dai servizi minorili, il giudice «può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato». La parentesi extra-processuale della messa alla prova minorile è dunque il luogo privilegiato per l'innesto della mediazione penale o di altre forme di giustizia riparativa, il cui esito positivo potrebbe poi portare alla dichiarazione di estinzione del reato per esito favorevole della *probation*.

Un discorso a parte andrebbe infine svolto per la fase esecutiva. Anche per il minore, come per gli adulti, possono infatti individuarsi spazi di giustizia riparativa *post iudicatum*, cioè nella fase di esecuzione della pena. Non potendosi in questa sede approfondire la materia, vale la pena ricordare che per oltre quarant'anni è mancato un ordinamento

penitenziario *ad hoc* per i minorenni¹³, con la conseguenza che al condannato di minore età sono stati estesi, ai sensi della disposizione transitoria dell'art. 76 legge n. 354 del 1975, le misure e gli istituti previsti per i condannati adulti¹⁴. Con l'approvazione del decreto legislativo 2 ottobre 2018 n. 121¹⁵, ha finalmente visto la luce una specifica disciplina per l'esecuzione della pena nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione dell'art. 1, comma 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103. Il decreto fa una scelta chiara per le “misure penali di comunità” quale modalità principale per l'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni, al fine di ridurre il carcere ad *extrema ratio* e di puntare sul coinvolgimento diretto della collettività nel progetto di recupero e inserimento del condannato¹⁶.

Si tratta di una disciplina molto distante da quella contenuta nella bozza redatta dalla Commissione ministeriale per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo, presieduta da Francesco Cascini, ma che ha il pregio – per ciò che qui interessa – di sottolineare (art. 1, comma 2) che

¹³ Nell'attesa delle riforme legislative, un rilevante contributo per l'elaborazione di una disciplina specifica è venuto dalla Corte costituzionale, a partire dalla “sentenza-monito” n. 125 del 1992, con cui la Consulta ha statuito che l'assenza di ogni diversificazione nel regime trattamentale tra adulti e minorenni comprometterebbe «quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutivezza della personalità del minore e la preminente funzione educativa richiedono». Di recente, v. anche la sentenza n. 90 del 22 febbraio 2017, con il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p., per contrasto con gli artt. 27, comma 3 e 31, comma 2 Cost., nella parte in cui osta alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per alcuni gravi delitti. Per un commento, v. F. MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile: la consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in *Dir. pen. cont.* (4 luglio 2017), in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ Cfr. anche il rapporto “Esecuzione penale nel procedimento minorile, Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 14”, consultabile all'indirizzo https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_tavolo14_allegato8.pdf.

¹⁵ Decreto legislativo 2 ottobre 2018 n. 121, in G.U. 26 ottobre 2018. Per un primo commento, cfr. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Dir. Pen. Cont.*, <https://www.penalecontemporaneo.it> (16 novembre 2018).

¹⁶ Così L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., §. 1.

l'esecuzione penitenziaria minorile «*deve favorire i percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato e tende[re]*» altresì a favorire a favorire la responsabilizzazione, l'educazione e il pieno sviluppo psico-fisico del minorenne, la preparazione alla vita libera, l'inclusione sociale e a prevenire la commissione di ulteriori reati»¹⁷. In mancanza di ulteriori, espliciti riferimenti alla dimensione riparativa, è probabile che eventuali pratiche riparative potranno trovare concreta attuazione nell'ambito delle misure penali di comunità o dell'esecuzione della pena in istituto soltanto valorizzando gli “spazi normativi” offerti dalle disposizioni relative alle prescrizioni del giudice (art. 3) e al progetto di intervento per l'affidamento in prova (art. 4), nonché, in caso di esecuzione in istituto, dalla disciplina del progetto di intervento rieducativo (art. 14).

4. Quanto al concreto ricorso alla giustizia riparativa negli interstizi normativi sopra indicati, è utile evidenziare come gli istituti di *diversion* già menzionati abbiano dato, nella realtà applicativa, risultati abbastanza buoni ma forse non ancora del tutto soddisfacenti.

Ed invero, i dati raccolti dal Ministero della Giustizia evidenziano come nel tempo vi sia stata una costante crescita del numero dei provvedimenti di sospensione del processo per messa alla prova (da 788 del 1992 a 3.757 del 2016). Inoltre, se si confronta il numero dei provvedimenti di messa alla prova e il numero complessivo dei minorenni denunciati per i quali l'Autorità giudiziaria ha disposto l'azione penale, risulta che in media la messa alla prova è applicata ad un minore su sei che entrano nel circuito penale (nel 2014, l'indice è risultato pari a 17,6%). Rispetto a tale campione, l'80% dei casi di messa alla prova si conclude con esito positivo (e relativa declaratoria di estinzione del reato)¹⁸. Devono poi aggiungersi, naturalmente, i casi in cui la rinuncia alla

¹⁷ Corsivo aggiunto.

¹⁸ Cfr. lo studio “La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 dP.R. 448/88) Anno 2016”, a cura del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità, Ufficio I del Capo Dipartimento - Servizio Statistica; v. anche le statistiche “Provvedimenti di sospensione del processo e messa alla prova (dpr 448/88 art. 28) anni 2004-2015 e minorenni denunciati alle Procure per i quali è iniziata l'azione penale. Valori assoluti e rapporti” e “Provvedimenti di sospensione del processo e messa alla prova (dpr 448/88 art. 28) emessi

risposta punitiva passa attraverso altre forme di *diversion*, come l'applicazione del perdono giudiziale *ex art.* 169 c.p. o la declaratoria di irrilevanza del fatto *ex art.* 27 d.P.R. 448/88¹⁹.

Sulla limitata operatività di tali istituti hanno senz'altro inciso, *inter alia*, i problemi derivanti dall'ambiguità del dato normativo²⁰, il quale si è rivelato carente sia sotto il profilo dei presupposti di accesso alle misure di *diversion*, sia per quanto riguarda il raccordo tra le eventuali pratiche di giustizia riparativa (ed i relativi esiti) e il processo in cui si inseriscono. Di qui la mancanza di prassi omogenee e la presenza di situazioni molto diversificate nel territorio nazionale.

In merito al primo aspetto – cioè i presupposti degli istituti finalizzati alla *diversion* (con o senza intervento dei servizi) – il principale problema interpretativo ha riguardato la base probatoria (*factual basis*, secondo il linguaggio dei documenti internazionali) del provvedimento giudiziale di ammissione. Mentre le fonti internazionali – in particolare i *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, del

negli anni 2004 - 2015 secondo l'esito. Casi definiti". Tali documenti sono consultabili nel sito del Ministero della Giustizia, all'indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page?facetNode_1=0_6&selectedNode=0_6_2.

¹⁹ Sul tema, non si dispone di statistiche e/o di un'analisi nazionale aggiornate. Si rinvia pertanto ai rapporti sulla devianza minorile in Italia (il primo rapporto relativo agli anni 2002-2008, il secondo relativo al 2008-2012), a cura del Ministero della giustizia, Dipartimento per la giustizia minorile, Ufficio I del Capo Dipartimento - Ufficio IV del Capo Dipartimento – CEUS, consultabili nel sito del Centro Europeo di Studi Nisida, in http://www.centrostudinisida.it/Centro-di-documentazione-Archivio-Statistico_s7_19.aspx. Recentissimamente, v. anche "La mediazione e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile", Documento di studio e di proposta dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza del 14 dicembre 2018, in *Dir. Pen. Cont.*, <https://www.penalecontemporaneo.it> (9 gennaio 2019), p. 52 ss.

²⁰ Una pesante ipoteca è costituita, da sempre, dalla carenza di adeguate risorse (anche a livello di servizi minorili e degli enti locali), carenza da cui deriva, inesorabilmente, una certa disomogeneità nel trattamento dei minori. Per alcuni dati su base geografica con riferimento alla messa alla prova, cfr. "La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/88) Anno 2016", cit., p. 8-9. Recentissimamente, v. anche "La mediazione e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile", Documento di studio e di proposta dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, cit., p. 52 ss.

2002²¹ – richiedono che ci sia il consenso della vittima e dell'*offender*, che vi siano prove sufficienti a carico dell'autore e che si sia formata una memoria condivisa dei fatti tra l'autore e la vittima, le norme del d.P.R. 448/88 nulla dicono al riguardo. Eppure, tutti gli istituti di *diversion* in discorso presuppongono, almeno logicamente, un accertamento sulla responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli²². Di qui anche la possibile tensione con i canoni costituzionali, in particolare con l'art. 111 Cost., sotto il profilo della violazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, nella misura in cui determinazioni come quella sull'irrelevanza del fatto o sulla sottoposizione alla messa alla prova vengano assunte in una fase precoce del procedimento, ossia nel corso

²¹ *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000), consultabile in <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>:

«6. Restorative justice programmes may be used at any stage of the criminal justice system, subject to national law.

7. Restorative processes should be used only where there is sufficient evidence to charge the offender and with the free and voluntary consent of the victim and the offender. The victim and the offender should be able to withdraw such consent at any time during the process. Agreements should be arrived at voluntarily and should contain only reasonable and proportionate obligations.

8. The victim and the offender should normally agree on the basic facts of a case as the basis for their participation in a restorative process. Participation of the offender shall not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings».

²² Al riguardo si è notato – opportunamente – che i presupposti normativi per la declaratoria di irrilevanza del fatto di cui all'art. 27 d.P.R. 448/88 (la tenuità del fatto, l'occasionalità del comportamento, il pericolo di pregiudizio alle esigenze educative del minore) danno per scontato sia l'esistenza del fatto-reato, sia che il minore lo abbia commesso. Anche nel caso di *probation*, l'affidamento ai servizi di cui all'art. 28, comma 1, d.P.R. 448/88, e, ancor prima, il programma di intervento predisposto dai servizi a norma dell'art. 27 d.lgs. n. 272/1989, possono avere senso soltanto qualora il minore ne abbia bisogno, essendo egli colpevole del reato per cui si procede. In dottrina cfr., tra i molti, M. GRAZIA COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in E. PALERMO FABRIS, A. PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, Milano, 2002, 459; C. CESARI, *Le strategie di diversion*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Torino, 2016, 193 (per l'irrelevanza del fatto) e 206 (per la sospensione del processo con messa alla prova). Volendo, cfr. G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di "probation" minorile*, in *Cass. pen.*, 1992, 2868.

dell'udienza preliminare o addirittura nella fase delle indagini, sulla base di elementi probatori formati in assenza di contraddittorio. Certo, tali criticità potrebbero essere risolte facendo leva sul consenso dell'imputato (cfr. 111, comma 5 Cost.)²³ ad entrare nelle «dinamiche di “autoriduzione” del processo»²⁴, come in effetti nella prassi poi è accaduto. Resta il fatto che l'elaborazione di un presupposto così importante non avrebbero dovuto dipendere da operazioni di ortopedia interpretativa. Lo stesso dicasi per il “presupposto implicito” dell'accertamento della colpevolezza, desunto – come poc'anzi notato – in via interpretativa dal sistema.

Dubbi di coerenza sistematica si sono posti anche in relazione alla *probation* processuale di cui all'art. 28 d.P.R. 448/88, perché essa comporta l'attivazione un percorso di rieducazione, con prescrizioni comportamentali anche molto “afflittive”, prima che sia stata accertata, con sentenza definitiva, la responsabilità penale dell'imputato. Una simile impostazione, che antepone il momento rieducativo all'accertamento definitivo di colpevolezza, ha fatto sorgere dubbi sulla compatibilità di tale istituto – così come del suo omologo, previsto per gli adulti dagli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* c.p. e artt. 464-*bis* e seguenti c.p.²⁵ – con la presunzione di innocenza, di cui all'art. 27 Cost. La questione in linea teorica è ancora aperta, perché in dottrina si fronteggiano diverse interpretazioni²⁶. In ogni caso, sinora l'istituto non ha ricevuto censure in sede giurisprudenziale²⁷, ove sembra essere stato introiettato senza

²³ C. CESARI, *Le strategie di diversion*, cit., p. 193-194 (per l'irrelevanza del fatto) e 205 (per la sospensione del processo con messa alla prova). V. anche M. GRAZIA COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., 463.

²⁴ L'espressione è di C. CESARI, *Le strategie di diversion*, cit., 176.

²⁵ V. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 644.

²⁶ Per un quadro delle possibili opzioni interpretative, v. C. CESARI, *Le strategie di diversion*, cit., 202.

²⁷ Così C. CESARI, *Le strategie di diversion*, cit., p. 202. Lo stesso non può invece dirsi per la sospensione del processo con messa alla prova per gli imputati adulti, introdotta nel 2014. In tale ambito i giudici di merito hanno ripetutamente sollevato questioni di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 27 Cost. commi 1 e 7. Per il momento, la Consulta ha dichiarato inammissibili o infondate simili censure. Cfr. C. cost., ordinanza 10 novembre 2016 n. 237 (che ha dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate dal tribunale di Grosseto nei confronti degli artt. 464-*quater* e

grandi contraccolpi dal sistema, forse in considerazione di quanto previsto dall'art. 31, comma 2 Cost.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, cioè il momento “a valle” dei meccanismi di *diversion*, qualche difficoltà è emersa in relazione al momento in cui il caso ritorna dall'autorità giudiziaria dopo l'esperimento di pratiche di giustizia riparativa, e occorre trovare il modo di raccordare l'esito (positivo o negativo) di tali pratiche con il processo in corso.

Ad esempio, là dove la riparazione o la mediazione possano portare alla chiusura del caso già nella fase delle indagini preliminari – solitamente per effetto della declaratoria di irrilevanza del fatto di cui all'art. 27 – si è posto il problema di elaborare un congegno giuridico di definizione dell'*iter* procedimentale che fosse compatibile con il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.). In ragione di ciò, diversamente da quanto previsto nel procedimento penale di pace, la tenuità del fatto minorile è stata normativamente costruita non come un'ipotesi di archiviazione, ma come situazione prodromica all'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere. In buona sostanza, benché pronunciata nel corso delle indagini preliminari, la declaratoria di irrilevanza del fatto richiede l'emanazione di una sentenza, e, quindi, il previo esercizio dell'azione penale²⁸ e la celebrazione di un'apposita udienza in camera di consiglio. Il rito camerale, oltre ad assicurare l'audizione del minorenne (e dell'esercente la potestà genitoriale)²⁹ e il con-

464-*quinqüies* c.p.p., in riferimento, tra l'altro, all'art. 27, secondo comma, Cost., «in quanto prescrivono la irrogazione ed esecuzione di sanzioni penali consequenziali ad un reato per cui non risulta pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva»); C. Cost., ordinanza 10 marzo 2017 n. 54 (che ha dichiarato manifestamente infondate le censure sollevate dal tribunale di Prato dell'art. 168-*bis* c.p. e degli artt. 464-*bis* e seguenti c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 24 e 27 Cost.).

²⁸ La dottrina è abbastanza compatta nel ritenere che la previsione dell'esercizio dell'azione penale consenta di superare ogni problema di compatibilità con l'art. 112 Cost. Di contrario avviso è C. CESARI, *Le strategie di diversion*, p. 188, secondo la quale, ancorché l'azione penale venga esercitata, la genericità dei presupposti dell'istituto *de quo* apre a forme di incontrollabile discrezionalità che sembrano in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

²⁹ L'audizione è necessaria, fra l'altro, per verificare il consenso del minore alla pronuncia di irrilevanza, rappresentando il consenso – secondo l'opinione prevalente – uno dei presupposti impliciti per la declaratoria di cui all'art. 27 d.P.R. 48/88. L'even-

traddittorio fra le parti, offre al minore una preziosa occasione di confronto con l'illecito e l'autorità. Un'occasione, questa, a ben vedere assolutamente indispensabile per evitare che la rapida uscita dal processo venga percepita dal giovane come una svalutazione della propria condotta, con conseguente effetto deresponsabilizzante.

Qualora invece, nonostante l'impiego di strumenti di giustizia riparativa, sia necessaria la prosecuzione del processo – ad esempio, perché la prova disposta ai sensi dell'art. 28 d.P.R. 448/88 abbia dato esito negativo – si è posta la diversa esigenza di impermeabilizzare il processo rispetto a quanto accaduto in sede extra-processuale, in particolare durante gli incontri per la mediazione penale. Anche su questo aspetto le norme del rito minorile si sono rivelate carenti: a differenza di quanto esplicitamente previsto nell'ambito della giurisdizione penale del giudice di pace, gli artt. 28 e 29 d.P.R. 448/88 non contengono una disposizione analoga a quella di cui all'art. 29, comma 4 d.lgs. 274/2000, relativa all'inutilizzabilità ai fini della deliberazione delle dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione. Non è quindi chiaro se, ed in quale misura il giovane, entrando in certi percorsi alternativi al processo, corra poi il rischio di *edere contra se*, e se il timore di pregiudicare la propria posizione processuale possa agire come disincentivo³⁰.

5. I silenzi e le succitate ambiguità della disciplina del processo minorile, soprattutto sotto il profilo delle garanzie, sono probabilmente dovuti all'ambiguità teleologica di alcuni istituti e, più in generale, ad un limite di fondo che continua a caratterizzare la giustizia penale minorile fin dal suo esordio.

Ci si riferisce al fatto che il processo penale a carico di minorenni continua ad essere caratterizzato – come osservato da autorevole dottri-

tuale dissenso del minore potrebbe essere fatto valere anche mediante l'impugnazione della sentenza, che resta appellabile da parte del minorenne e del procuratore generale presso la corte di appello (art. 27, comma 3 D.P.R. 448/88).

³⁰ Il quesito da porsi è se (ed entro quali limiti) le dichiarazioni extraprocessuali del minorenne possano in seguito essere acquisite al processo, come prova per la decisione, ai sensi degli artt. 62, 195 e 236 c.p.p. Il tema è parzialmente affrontato da V. PATANÈ, *Indagine personologica e "inchiesta sociale" dell'imputato minorenne*, in C. CESARI (a cura di), *Il minore fonte di prova*, II ed., Milano, 2015, 205 ss.

na – «da una vocazione ancipite, in precario equilibrio tra l’obiettivo funzionale dell’accertamento delle responsabilità penale e [una malintesa funzione rieducativa]»³¹: il processo si carica non solo dell’esigenza di evitare che la vicenda giudiziaria possa nuocere allo sviluppo della sua persona, ma talvolta assume altre finalità; esso diventa strumento per imporre misure rieducative, volte al recupero psico-sociale, rispetto a colpe ancora non accertate³².

L’auspicio è che, spinto dalla necessità di dare attuazione alla recente direttiva dell’Unione europea 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nel processo penale, il legislatore ritrovi lo slancio riformatore iniziale, per andare a colmare i “vuoti di garanzia” della disciplina processuale e finalmente disegnare un diritto penale e penitenziario specifico per il minore. Tutto ciò per assicurare che il minore venga giudicato con strumenti il più possibile adeguati al suo percorso esistenziale, alla sua personalità in corso di formazione, ma comunque rispettosi dei canoni costituzionali. Perché quando è necessario dare una risposta punitiva, non si tratta soltanto di punire meno: là dove la responsabilità è stata accertata e occorre punire, si tratta di “punire diversamente”, per cercare fare in modo che il minore acquisisca coscienza delle proprie responsabilità e ne subisca le conseguenze, ma garantendo altresì che il passato non gli impedisca di progettare un futuro migliore, se lo vuole³³.

Nella prospettiva di favorire la massima valorizzazione del paradigma conciliativo-riparativo in ambito minorile, *de iure condendo* è altresì auspicabile che gli spazi operativi individuati nella prassi, in mancanza di esplicite previsioni normative, vengano “ufficializzati” (e possibilmente potenziati) introducendo in modo organico la mediazione e altri strumenti alternativi di gestione del conflitto nella cornice normativa. Le istanze di rinnovamento culturale che la *restorative justice* porta con sé richiedono l’impiego di approcci, regole e parole nuove, non solo da parte degli attori istituzionali, ma anche da parte del legislatore.

³¹ G. GIOSTRA, *Premessa alla quarta edizione*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, IV ed., Milano, 2016, XV.

³² G. GIOSTRA, *Premessa alla terza edizione*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile*, cit., XI.

³³ Così G. GIOSTRA, *Premessa alla terza edizione*, cit., XII.

PERCORSI RIPARATIVI NELLA GIUSTIZIA MINORILE: L'ATTIVITÀ DEL CENTRO DI GIUSTIZIA RIPARATIVA DELLA REGIONE AUTONOMA TRENTINO-ALTO ADIGE/SÜDTIROL

Valeria Tramonte

Il Centro di Giustizia Riparativa della Regione Trentino-Alto Adige si occupa di favorire e promuovere pratiche riparative anche nel procedimento penale minorile sulla base di accordi istituzionali e protocolli con l'autorità giudiziaria e con i servizi sociali del Dipartimento Giustizia Minorile e di Comunità. Non mi dilungherò nel descrivere cosa si intenda per giustizia riparativa, tanto più che non ne esiste un'unica definizione indiscussa; il titolo del convegno offre, d'altra parte, una rapida quanto efficace sintesi degli elementi e delle finalità di ogni processo riparativo.

Dopo che un reato è stato commesso, si dice ci sia molto lavoro da fare. Ciò è sicuramente vero dal punto di vista processuale, ambito nel quale al reato seguono accertamenti, procedure, verifiche e iter complessi, ma lo è anche da un punto di vista diverso e, per il diritto penale, in qualche modo “nuovo” e poco esplorato: l'ambito delle relazioni. C'è necessità, dopo che è stato commesso il reato, di confrontarsi con le *responsabilità*: la responsabilità richiamata nel percorso riparativo è concetto diverso dalla responsabilità penale; si tratta di una responsabilità che potremmo definire relazionale, una responsabilità verso qualcuno, che comprende la responsabilità dell'autore di reato verso la persona che ha subito le conseguenze della sua azione e la responsabilità della comunità nel suo complesso nell'assumere un ruolo attivo nella gestione delle conseguenze del reato. Il processo di gestione di queste conseguenze richiede che ci sia *partecipazione*, che autore di reato, vittima e comunità si lascino coinvolgere aderendo al percorso e condividendolo. Si giunge così alla *riparazione*, che potrà assumere contenuto vario e dipendente dalle esigenze e dalle disponibilità degli attori coin-

volti e che potrà riguardare attività, restituzioni, gesti simbolici. Solo con la presenza di tutti questi elementi (responsabilità, partecipazione, riparazione) il percorso si potrà dire completato.

Sappiamo che il procedimento penale minorile è stato, pur in assenza di precise previsioni normative a riguardo, un “laboratorio” per i primi esperimenti di giustizia riparativa nel nostro paese. E non è un caso che il primo esperimento riparativo moderno registrato sia quello di una mediazione reo-vittima realizzata nel 1974 in Ontario (Canada), nei confronti di due minori accusati di atti di vandalismo commessi contro ventidue persone. In quell’occasione, il giudice, insieme al *probation officer* e ad un volontario, propose ai ragazzi una serie di incontri con ciascuna vittima, volti ad offrire la possibilità per i giovani di scusarsi e di prendere accordi riguardanti le modalità di riparazione del danno. La finalità rieducativa propria del procedimento penale minorile e la sensibilità degli operatori sociali e del diritto alla ricerca di soluzioni personalizzate, adatte al caso concreto¹, hanno reso possibili le prime sperimentazioni riparative; da lì, le pratiche si sono via via sviluppate, diffuse ed in alcuni casi istituzionalizzate.

Il Centro di Giustizia Riparativa ha avviato il servizio di mediazione penale minorile, che è uno degli strumenti di giustizia riparativa, nell’anno 2005, ed in più di dieci anni d’attività ha ricevuto circa 350 invii da Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Trento e Ufficio di Servizio Sociale per i Minorenni di Trento del Dipartimento Giustizia Minorile e di Comunità. I casi riguardano per lo più reati di furti, lesioni personali, ingiurie, minacce, percosse, rapina e violenza privata. Circa la metà dei casi totali e poco meno del 100% dei casi arrivati all’incontro tra le parti ha avuto esito positivo. L’esito positivo porta con sé nella quasi totalità dei casi una riparazione, prevalentemente di tipo simbolico, delle conseguenze causate dal reato. Per quanto riguarda l’iter di mediazione, vale la pena specificare che dopo aver ricevuto la richiesta di mediazione da Procura (ex art. 9) o USSM (ex art. 12 o 28), che hanno normalmente già acquisito un primo consenso da parte del minore, il mediatore prende contatto con le parti pro-

¹ Cfr. M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 2, 66 ss.

ponendo loro un colloquio durante il quale esprimere il loro punto di vista e verificare se un incontro di mediazione è possibile.

Solo se le parti saranno d'accordo, dato il carattere di volontarietà del percorso, si svolgerà l'incontro di mediazione vero e proprio. A conclusione della mediazione o del tentativo, il Centro invierà un esito all'ente che ha richiesto l'intervento di mediazione. La mediazione può essere non effettuabile, nel caso in cui l'incontro non possa tenersi, positiva o negativa. Nella comunicazione dell'esito due esigenze devono essere contemperate: da una parte il bisogno dei mediatori di rispettare la confidenzialità degli incontri e di tutelare la deontologia professionale; dall'altra l'esigenza dell'ente inviante di ricevere un esito che contenga informazioni sufficienti per contribuire a motivare eventuali decisioni. Il mediatore fornirà dunque un esito sintetico ma esaustivo e, se le parti saranno d'accordo, potrà fornire ulteriori elementi utili per comprendere l'andamento della mediazione. Una mediazione si dice positiva quando le parti sono riuscite a comunicare in modo da acquisire una consapevolezza nuova e diversa dell'altro rispetto alla situazione di partenza e quando si è giunti ad un accordo di riparazione simbolica o di restituzione materiale.

Alcuni cenni al tema della riparazione: la riparazione simbolica consiste in un gesto o un'attività volta a riparare e ricostruire la relazione (di fiducia, di amicizia, di vicinato, ecc.) che aveva subito una frattura. La riparazione simbolica così delineata non rappresenta una misura afflittiva e il mediatore dovrà vigilare sul fatto che così non sia intesa da vittima o minore. Essa dovrà sempre rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzione. La restituzione materiale dei danni subiti, se rappresenta l'interesse e il desiderio di entrambe le parti, può essere un contenuto della mediazione; non potrà invece essere una condizione per partecipare alla mediazione, capovolgendo l'ordine logico che la legittima. La restituzione può cioè risultare come contenuto dell'accordo che le parti concludono in mediazione ma non essere una richiesta da soddisfare preliminarmente.

Vorrei ora soffermarmi su alcuni profili più specifici. Primo tra questi è la motivazione alla partecipazione a programmi di giustizia riparativa, tema da sempre piuttosto discusso, soprattutto nel caso della mediazione penale minorile. Alcuni ritengono che la mediazione possa

essere percepita dal minore come imposta da un soggetto dotato di autorità come il giudice, oppure interpretata dallo stesso minore come una strategia difensiva più favorevole ai suoi interessi². Ancora, alcuni sottolineano la possibilità che, di fronte a un rifiuto del minore di partecipare alla mediazione, il giudice minorile escluda eventuali soluzioni indulgenziali³, configurandosi quindi il rifiuto come una mancata assunzione di consapevolezza dei danni arrecati alla parte offesa e, in ultimo, come mancato ravvedimento. Questi rilievi critici vanno dunque tutti nella direzione di sottolineare che l'adesione al percorso da parte del minore può essere forzata e non connotata da spontaneità.

Mentre si ritiene sia da evitare che la mediazione sia imposta o percepita come un atto dovuto, così come che al rifiuto del minore seguano conclusioni circa la sua responsabilizzazione, non sembra invece necessariamente inficiare l'utilità del percorso un'adesione inizialmente strumentale all'incontro, aspetto che peraltro è fuori dal controllo degli operatori. Se da un lato è necessario favorire la riflessione del minore sul significato della partecipazione, dall'altro è inopportuno e finanche pericoloso spingersi sino a voler indagare la ragioni profonde della partecipazione al percorso. Dobbiamo basarci sul dato che il minore intende adoperarsi in favore della vittima utilizzando uno strumento a sua disposizione e apprestare i mezzi affinché questo incontro possa avvenire nelle condizioni adatte, ricordando al minore durante il percorso la libertà nell'adesione e nel prosieguo. Un certo grado di strumentalità è fisiologico e non si ritiene vada a detrimento dell'intero processo; occorre chiaramente tenere quest'aspetto sotto controllo, per cui va spesso riverificato e ricordato, durante il procedimento di mediazione, che la partecipazione è libera e che non è presente alcun tipo di vincolo.

Del resto anche le motivazioni della vittima possono essere quanto mai varie: variano al variare del reato e della situazione relazionale in cui esso è emerso. Diversità nella relazione corrispondono infatti a differenze nelle motivazioni e aspettative della vittima; nel caso l'autore

² M.G. PINNA, *La vittima del reato e le prospettive di mediazione nella vigente legislazione processuale penale*, in F. MOLINARI, A. AMOROSO (a cura di), *Criminalità minorile e mediazione*, Milano, 1999, 31 ss.

³ P. PAZÈ, *Caratteri, potenzialità e limiti della mediazione nel procedimento penale minorile*, in *Mediaries*, 2005, n. 6, 232.

del reato sia un coetaneo conosciuto, la vittima, così come lo stesso autore del reato, sente spesso l'esigenza di ridefinire la relazione con lui e si aspetta che la mediazione offra un'occasione di comunicazione e confronto; diverso è invece il caso della vittima adulta, che nei confronti dell'autore di reato sconosciuto può avere mere pretese restitutive. Anche nel caso limite in cui la motivazione iniziale alla partecipazione sia meramente utilitaristica, l'incontro rappresenta comunque un'esperienza relazionale, un momento di possibile cambiamento dell'idea che ciascuno aveva creato, in sé, dell'altro. Non è detto, dunque, che una motivazione iniziale strumentale determini un incontro vissuto strumentalmente; per questo motivo, non si condividono le perplessità di chi sostiene che l'iniziale motivazione estrinseca pregiudichi necessariamente il significato relazionale ed educativo del percorso.

Altra questione riguarda le conseguenze dell'esito sul procedimento penale in corso: un esito negativo o non effettuabile non dovrebbe avere mai nessuna conseguenza sanzionatoria nel procedimento penale; nel caso dell'esito positivo, mentre sono facilmente prevedibili le conseguenze per reati perseguibili a querela di parte, risulta più complicato definire quali potrebbero essere le conseguenze nel caso di reati perseguibili d'ufficio. Si può immaginare che in alcuni casi l'esito positivo della mediazione e la responsabilizzazione del minore così attivata possano costituire i requisiti idonei ad affievolire la pretesa punitiva statutale⁴, rendendo quindi più probabili esiti quali il non luogo a procedere per l'irrelevanza del fatto. Come osserva a tale proposito Grazia Manuzzi,

la mediazione – lavorando, per così dire, dall'*interno* del conflitto – ha in sé la capacità di gettare una nuova luce sull'intero fatto di reato. La stessa riparazione, se maturata attraverso la mediazione e se avvenuta prima dell'inizio del dibattimento 'riduce' significativamente la dimensione del *danno*, riducendo perciò l'efficacia ostativa di uno dei parametri per la valutazione della tenuità del fatto⁵.

⁴ F. RESTA, *Dall'offesa alla relazione. Mediazione penale e giustizia "ricostruttiva"*, in http://www.ristretti.it/commenti/2010/gennaio/pdf11/articolo_resta.pdf.

⁵ G. MANNOZZI, *La Giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 255.

Quali sono dunque gli effetti attesi in caso di mediazione positiva?

La mediazione offre un'opportunità di sensibilizzazione e responsabilizzazione rispetto alle conseguenze dannose della condotta posta in essere, riduce il rischio di minimizzazione dell'agito e di spersonalizzazione della persona offesa, può fornire ulteriori elementi all'autorità giudiziaria per avvalersi di vari strumenti previsti dal rito minorile. Alla vittima offre la dimostrazione della risposta dell'ordinamento al reato, capace di attenuare la frustrazione che un'esperienza di vittimizzazione porta con sé, e permette di avere uno spazio d'ascolto e di espressione delle proprie esigenze, anche di riparazione. È un prezioso strumento per perseguire gli obiettivi educativi del processo penale minorile e può accompagnare, con il suo contenuto responsabilizzante, le soluzioni processuali che comportano l'astensione dal giudizio o dalla pena. È uno strumento dalle grandi potenzialità. Per questi motivi sarebbe opportuno favorire l'esperire tentativi di mediazione sempre laddove possibile, certo nei limiti stabiliti dai principi del nostro ordinamento, quali ad esempio l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. Esistono spazi per la mediazione che rimangono ad oggi quasi inesplorati (si pensi ad esempio alla mediazione in fase di esecuzione di pena) così come pratiche di giustizia riparativa che hanno dimostrato di essere efficaci, che, quando non completamente trascurate, restano sperimentazioni senza seguito. Penso ad esempio al *conferencing*, ai *circles*, alle mediazioni allargate. Il Centro ha nel tempo avviato sperimentazioni alle quali intende dare in futuro sistematicità inserendole tra le attività ordinarie. L'apertura a pratiche riparative diverse dalla VOM, che ha peraltro motivato il cambiamento nella denominazione del centro, è in linea con ciò che è previsto dai documenti internazionali in materia ed efficacemente realizzato in altri paesi europei.

Momenti di approfondimento e confronto come quelli offerti da questo convegno assumono in questa prospettiva particolare rilievo, nell'analizzare profili critici e possibili soluzioni adottabili e nell'esplorare nuovi percorsi da attivare insieme agli altri attori coinvolti. Ci auguriamo dunque che il dialogo possa proseguire per favorire nuove e proficue sinergie tra le istituzioni e i servizi in rete.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DEGLI IMPUTATI ADULTI: UN'INTRODUZIONE

Elena Mattevi

SOMMARIO: 1. *Giustizia riparativa e mediazione penale: le principali fonti sovranazionali.* 2. *Giustizia riparativa e mediazione penale: precisazioni terminologiche.* 3. *La giustizia riparativa nel procedimento penale degli adulti.*

1. Giustizia riparativa e mediazione penale: le principali fonti sovranazionali

La mediazione penale, lo strumento maggiormente diffuso della giustizia riparativa, richiede a colui che vi si avvicina uno sforzo di comprensione preliminare.

Di *restorative justice* (“giustizia riparativa”) si è cominciato a parlare a partire dagli anni Settanta del Novecento, soprattutto negli Stati Uniti, come di un nuovo approccio alla giustizia penale che muove dal superamento della logica tradizionale del castigo per proporre un’interpretazione relazionale del conflitto connesso al reato, allo scopo di promuovere la riconciliazione tra il reo e la vittima e di riparare consensualmente le conseguenze del reato¹.

Di giustizia riparativa hanno scritto studiosi che appartengono a branche molto diverse del sapere (filosofia, sociologia, criminologia, teologia, antropologia, psicologia, diritto), dando vita ad un dibattito affascinante².

¹ Cfr., per questo primo inquadramento, S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, 2006, 135.

² Il volume G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, consente di avere un inquadramento completo sul tema, an-

In questa sede, però, si intende concentrare l'attenzione sulla prosa del diritto positivo, rappresentato dalle fonti sovranazionali e soprattutto da quelle nazionali, prima di dare voce agli operatori.

Le peculiarità della giustizia riparativa rispetto a quella penale tradizionale sono evidenti se si dà uno sguardo alle fonti sovranazionali, le quali permettono innanzitutto di comprendere le vere ragioni che hanno stimolato molti organismi ad occuparsi del tema.

La maggior parte degli atti che vi riconoscono uno spazio, soprattutto in ambito europeo³, sono rivolti prioritariamente alla tutela delle vittime del reato. Oggi il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ricomprende "i diritti delle vittime della criminalità" tra le materie aventi dimensione transnazionale in cui il Parlamento europeo ed il Consiglio possono stabilire norme minime attraverso direttive di armonizzazione penale (titolo V, capo IV, art. 82 § 2 lett. c), ma l'interesse manifestato dagli organismi sovranazionali, sia a carattere universale che europeo, per la tutela della vittima, è di molto anteriore al Trattato di Lisbona⁴.

Il descritto riconoscimento sempre più deciso, nel dibattito internazionale, della posizione della vittima come soggetto debole, ma tuttavia «portatore di istanze autonome cui l'ordinamento deve dare spazio, riconoscimento e soddisfazione»⁵, ha rappresentato il primo stimolo verso la promozione di forme di giustizia riparativa, come pratiche adegua-

che per quanto riguarda le principali matrici giuridico-culturali della giustizia riparativa. Cfr. altresì F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, Milano, 2010.

³ Ci si riferisce agli atti elaborati in seno all'UE (la Decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel processo penale, il cui testo, anche in lingua italiana, può essere consultato all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001F0220:IT:NOT> e, anche se in termini più cauti, la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GA, il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2012:315:SOM:IT:HTML>), e, come vedremo, al Consiglio d'Europa.

⁴ L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1770.

⁵ M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889.

te per la risoluzione dei conflitti con il coinvolgimento diretto degli interessati, insieme ad altri interventi volti invece a rafforzare la solidarietà dello Stato nei confronti di chi ha subito un reato, con un'assistenza di tipo economico⁶.

Non è questa, tuttavia, l'unica ragione che giustifica l'attenzione sempre più dilagante per il tema della giustizia riparativa.

Il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, con la Risoluzione 1997/33 del 21 luglio 1997, in tema di "prevenzione responsabile del crimine", ha posto l'accento sull'opportunità di attivare forme di mediazione estranee al giudizio (*out of court*) nelle materie penali considerate adeguate (§21 e §22), proprio con una finalità di prevenzione⁷; con la Risoluzione 1998/23 del 28 luglio 1998, invece, ha valorizzato gli strumenti della giustizia riparativa per combattere il sovraffollamento carcerario attraverso una riduzione del ricorso alla pena detentiva, soprattutto di breve durata, che si è rivelata di scarsa efficacia e costosa per la società⁸.

⁶ Può essere citata la Convenzione europea (adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa) del 24 novembre 1983, relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti e volta ad assicurare, mediante un intervento statale, il ristoro finanziario di coloro che hanno subito gravi pregiudizi all'integrità fisica o alla salute, come diretta conseguenza di un reato violento doloso, e delle persone a carico del soggetto deceduto in seguito ad un tale reato – non firmata né ratificata dall'Italia – consultabile, anche in traduzione italiana in <http://conventions.coe.int/treaty/ita/Treaties/Html/116.htm>. Cfr. altresì M. PISANI, *Per le vittime del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 466; G. CASAROLI, *La Convenzione Europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 560 ss., che ravvisa il fondamento della riparazione pubblica in ragioni di solidarietà sociale ed equità.

⁷ La Risoluzione 1997/33 del 21 luglio 1997, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di *Elements of responsible crime prevention: standards and norms*, è consultabile in lingua inglese all'indirizzo: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1997/eres1997-33.htm>.

⁸ La Risoluzione 1998/23 del 28 luglio 1998, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di *International cooperation aimed at the reduction of prison overcrowding and the promotion of alternative sentencing*, è consultabile in lingua inglese all'indirizzo: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1998/eres1998-23.htm>.

Nella Risoluzione del 1999 (Risoluzione 1999/26 del 28 luglio 1999) delle Nazioni Unite⁹ troviamo ben riassunte le plurime finalità perseguite dagli strumenti riparativi: essi possono adeguatamente soddisfare le vittime, prevenire futuri comportamenti illeciti e rappresentare una valida alternativa a sanzioni detentive di breve durata o a sanzioni pecuniarie (§3).

Se andiamo tuttavia alla ricerca di una disciplina più compiuta della giustizia riparativa, nell'ambito delle Nazioni Unite non possiamo che prendere le mosse dai lavori del X Congresso sulla "Prevenzione dei reati ed il trattamento dei rei", tenutosi a Vienna nell'aprile del 2000, in seno al quale è stata condotta un'ampia discussione su tali temi ed è stata adottata la Risoluzione "Dichiarazione di Vienna sulla criminalità e sulla giustizia: affrontare le sfide del XXI Secolo". Quest'ultima incoraggia seriamente lo sviluppo di politiche, procedure e programmi di *restorative justice* (§28), quali nuovi approcci alla giustizia per la riduzione del crimine e la promozione del rispetto dei diritti, dei bisogni e degli interessi delle vittime, degli autori del reato, della comunità e di tutte le altre parti¹⁰.

Sulla spinta di tali iniziative, il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, con la Risoluzione 2000/14 del 27 luglio 2000, ha elaborato il progetto preliminare dei "Principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale" (d'ora in poi Principi base)¹¹, che ha assunto una forma definitiva con l'adozione della Risoluzione

⁹ La Risoluzione 1999/26 del 28 luglio 1999, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di *Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice*, è consultabile all'indirizzo: www.un.org/documents/ecosoc/docs/1999/e1999-inf2-add2.pdf.

¹⁰ Il rapporto relativo al Congresso e la Risoluzione *Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century* adottata in seno ad esso, è consultabile in lingua inglese all'indirizzo www.uncjin.org/Documents/congr10/15e.pdf. Cfr. S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, cit., 178 s., nonché ampiamente G. MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della "Dichiarazione di Vienna"*, in *Rass. Pen. e Crim.*, 2000, 1-3, 1 ss.

¹¹ La Risoluzione 2000/14 del 27 luglio 2000, del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in tema di *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, è consultabile all'indirizzo: <http://daccess-ods.un.org/TMP/3889394.40250397.html>.

2002/12 del 24 luglio 2002 e rappresenta un punto di riferimento fondamentale – a partire dalle proposte definitorie – per gli Stati che vogliono disciplinare i programmi riparativi e comunque per studiosi ed operatori.

Insieme a ragioni di tutela della vittima – che con la mediazione può arrivare a negoziare la riparazione in maniera più dettagliata e conforme ai propri bisogni – sono soprattutto ragioni di efficienza dei sistemi giudiziari che hanno spinto invece il Consiglio d'Europa¹² ad occuparsi del tema e ad elaborare il documento che, senza alcun dubbio, riveste la maggior importanza in questo contesto: la Raccomandazione N. R (99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, adottata il 15 settembre 1999 e concernente la mediazione in materia penale¹³. Essa ha rappresentato, in Europa, per lungo tempo, l'unico documento dedicato organicamente alla materia ed è stata recentemente superata solo dalla Raccomandazione CM/Rec (2018)8 del Consiglio d'Europa sulla giustizia riparativa in materia penale, che espressamente si fonda sulla prima per mettere a disposizione di autorità e agenzie nazionali interessate, di giudici, procuratori, polizia, servizi penitenziari, servizi di *probation*, di giustizia minorile, di supporto alle vittime e agenzie di giustizia riparativa un testo aggiornato ricco di definizioni e di principi operativi di grande interesse¹⁴.

Con la Risoluzione Res(2002)12 del 18 settembre 2002, il Comitato dei Ministri ha poi istituito la Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ)¹⁵, richiedendo che si desse attuazione proprio

¹² Cfr., ampiamente, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 196 ss.

¹³ Tale Raccomandazione è reperibile sul sito istituzionale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (<https://wcd.coe.int/>).

¹⁴ Anche tale Raccomandazione è reperibile sul sito istituzionale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (<https://wcd.coe.int/>), ma una traduzione in lingua italiana è stata offerta in calce al Documento di studio e di proposta elaborato dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza su “La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile”, reperibile all'indirizzo: <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/mediazione-penale-giustizia-riparativa-minori.pdf>.

¹⁵ Il testo della Risoluzione RES (2002)12 del 18 settembre 2002 *Establishing the European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ)* può essere consultato sul

alle raccomandazioni – come la Raccomandazione N. R (99)19 – che nel corso degli anni il Comitato dei Ministri aveva elaborato al fine di migliorare l'efficienza dei sistemi giudiziari. A ciò si deve la creazione, nel 2006, di un gruppo di lavoro sulla mediazione¹⁶, che ha portato all'adozione da parte della Commissione, nel 2007, di vere e proprie *Linee guida per una miglior implementazione della Raccomandazione esistente concernente la Mediazione in materia penale*¹⁷.

Queste *Guidelines* si soffermano sulle garanzie che devono essere assicurate alle parti, ma si soffermano soprattutto sul rapporto tra la giustizia riparativa, il diritto ed il processo penale, essendo il legislatore e l'autorità giudiziaria invitati ad identificare le possibili ricadute sui procedimenti penali della mediazione e degli accordi stipulati (§15). Senza un raccordo adeguato in materia, infatti, senza un rapporto di adeguata trasparenza tra ordinamento e consociati, soprattutto nei sistemi caratterizzati dall'obbligatorietà dell'azione penale, l'obiettivo dell'efficienza non può essere raggiunto.

Di questo aspetto sarà necessario tenere adeguatamente conto, nell'analizzare gli spazi che l'ordinamento italiano riconosce agli strumenti della giustizia riparativa.

2. Giustizia riparativa e mediazione penale: precisazioni terminologiche

Tracciato il quadro normativo sovranazionale, prima di addentrarci nell'ordinamento italiano, è indispensabile fornire qualche precisazione

sito del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: http://www.coe.int/t/cm/adopted_Texts_en.asp#P92_8968.

¹⁶ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 226. I Reports degli incontri del gruppo di lavoro sono reperibili all'indirizzo: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/WCD/GTMEDReports_en.asp.

¹⁷ Il testo delle *Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, CEPEJ(2007)13, può essere consultato all'indirizzo: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1223865&Site=COE>. Cfr., ampiamente, A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione reo/vittima. Le "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile*, 1, 2008, 201 ss.

di ordine terminologico sulle nozioni di giustizia riparativa e di mediazione penale.

Parlare di giustizia riparativa significa, come abbiamo visto, superare la logica del castigo muovendo da una lettura relazionale del fenomeno criminoso: esso è un conflitto che provoca anche la rottura di aspettative sociali simbolicamente condivise. Il reato non dovrebbe più essere considerato quindi soltanto un illecito commesso contro la società, bensì come una condotta intrinsecamente dannosa e offensiva, che può provocare alle vittime notevoli sofferenze e che richiede, da parte del reo, l'attivazione di forme di riparazione del danno provocato¹⁸.

Anche la Direttiva 2012/29/UE – contenente norme minime in materie di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato – prende le mosse da un presupposto simile. Il «reato non è solo un torto alla società ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime» (IX Considerando).

Da qui è facile comprendere come le risposte riparative all'illecito penale assumano un'importanza centrale, soprattutto se intese non in una prospettiva compensatoria e di mero indennizzo, ma in senso più complesso. La riparazione rilancia la possibilità di progettare un agire responsabile per il futuro, a partire dalla sofferenza che il reato ha causato, più che dal danno civile.

La giustizia riparativa rappresenta un multiforme modello di giustizia, entro il quale si possono collocare anche le pratiche di mediazione.

La Risoluzione del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, concernente “i principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale” (ECOSOC Resolution 2002/12), ha distinto correttamente tra “processo riparativo” ed “esito riparativo”¹⁹.

Pur partendo infatti da una definizione completa di “programma riparativo”, che deve avvalersi di processi riparativi e proporsi di raggiungere esiti riparativi, nei primi sono compresi quei percorsi in cui

¹⁸ Cfr. A. CERETTI, F. DI CIÒ, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001, 307 s.

¹⁹ Cfr. testo in <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/res2002.asp>.

la vittima, il reo e, dove è opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità che abbia subito le conseguenze di un reato partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte, con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore,

mentre, tra gli esiti riparativi, consensualmente raggiunti, sono indicati

risposte e programmi quali la riparazione, le restituzioni, le attività socialmente utili aventi lo scopo di corrispondere ai bisogni individuali e collettivi e alle responsabilità delle parti e di realizzare la reintegrazione della vittima e del colpevole²⁰.

Il modello che le Nazioni Unite hanno deciso di fare proprio risente indubbiamente delle influenze esercitate dai sostenitori di una concezione della *restorative justice* incentrata sulla dimensione dell'"incontro", ma non sono state del tutto dimenticate le istanze dei sostenitori della prospettiva della *reparation*²¹.

Dalla definizione offerta è chiaro che la mediazione rientra a pieno titolo tra i processi riparativi, mentre il concetto di giustizia riparativa è più ampio, ricomprendendo altre tipologie di processi e gli esiti riparativi. La mediazione penale rimane comunque ancora lo strumento più diffuso della giustizia riparativa e ad essa si farà riferimento in via privilegiata.

3. La giustizia riparativa nel procedimento penale degli adulti

Con la sintesi che impone un intervento che si presenta come meramente introduttivo, veniamo quindi agli spazi che l'ordinamento italiano riconosce alla giustizia riparativa nel processo penale degli adulti, tenendo fermi due presupposti fondamentali, che emergono da quanto fino ad ora esposto.

²⁰ Cfr. testo in <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/res2002.asp>.

²¹ Sia consentito rinviare sul punto a E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017, 83 ss.

La disciplina italiana, innanzitutto, non può prescindere dall'apporto delle fonti sovranazionali sopra citate. Esse permettono di comprendere le ragioni fondamentali che hanno spinto anche il legislatore italiano a trovare qualche spazio per processi ed esiti riparativi, a partire dall'inizio del secolo in corso, ma soprattutto rappresentano ancora l'unica disciplina integrale alla quale possono ancorarsi coloro che in Italia operano nel campo della giustizia riparativa. Fino ad oggi, infatti, il legislatore italiano ha scelto di non intervenire normativamente con una riforma sistematica in questa materia.

In secondo luogo, se prestiamo attenzione alla mediazione ed agli altri processi caratterizzanti la giustizia riparativa (mediazione allargata, *conferencing*, *circle*), dobbiamo ribadire come essi non siano istituti di carattere sostanziale e come – nel dialogo che è necessario instaurare tra processo penale in senso tecnico e questo diverso approccio al reato quale conflitto ed offesa alla vittima – lascino irrisolto il problema della traduzione nel processo dell'esito, anche positivo, di un percorso riparativo. Una traduzione che è solo apparentemente processuale, perché in fondo, in quell'*iter* che lega il reato e la pena, e che è ormai suscettibile di innumerevoli interruzioni²², si mette alla prova la credibilità del sistema penale.

È facile comprendere allora perché nell'ordinamento italiano la mediazione penale abbia trovato spazio solo in contesti particolari, almeno fino ad oggi.

Le prime esperienze di mediazione si sono imposte, nella prassi, grazie ad una certa flessibilità del procedimento penale minorile delineato dal d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, entro il quale – nel contesto di una procedura funzionalizzata prevalentemente alle esigenze educative del minore²³ e che rappresenta un terreno fertile per la sperimentazione «anche in vista della modernizzazione del diritto penale degli

²² Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.

²³ G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in ID. (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, 2004, 26.

adulti»²⁴ – gli operatori hanno ritagliato degli spazi per l'applicazione della mediazione anche senza un preciso riferimento ad essa. Sono stati così valorizzati l'art. 9, che disciplina, nella fase pre-processuale, gli accertamenti da condurre sulla personalità del minorenne, estesi fino a comprendere una procedura riparativa, e che potrebbero portare, sulla scorta degli elementi di valutazione acquisiti, ad una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto anche dopo l'esercizio dell'azione penale²⁵ e, successivamente al rinvio a giudizio, soprattutto l'art. 28, che riguarda la sospensione del processo con messa alla prova, entro la quale, in vista dell'estinzione del reato, la mediazione si configura come una particolare modalità di trattamento orientata in prospettiva special-preventiva, in quanto il giudice può impartire prescrizioni «dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del reo con la persona offesa dal reato»²⁶.

Per quanto riguarda il processo penale degli adulti, invece, le esperienze pratiche hanno seguito gli interventi normativi. Si è attesa la riforma del giudice di pace prima di iniziare a parlare concretamente di mediazione penale, anche se proprio tale normativa, che l'ha riconosciuta formalmente, offre solo una forma embrionale di regolamentazione della materia²⁷.

²⁴ G. FIANDACA, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 145.

²⁵ In senso critico cfr. C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 125.

²⁶ Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 254 ss. L'Autrice (p. 274) sottolinea come la giurisprudenza sia unanime nel richiedere l'ammissione di responsabilità da parte dell'imputato, per poter addivenire alla sospensione del processo con messa alla prova. Per un'analisi dell'istituto cfr. anche S. LARIZZA, *Profili sostanziali della sospensione del processo minorile nella prospettiva della mediazione penale*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 97 ss.

²⁷ Prima di questa riforma erano stati previsti, nel codice di procedura penale, unicamente dei tentativi di conciliazione, condotti dal p.m. o dal giudice, nonché, come rileva G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, cit., 21, il compito di composizione bonaria dei conflitti disciplinato dal T.U.L.P.S. (r.d. 18 giugno 1931, n. 773), in capo all'autorità di pubblica sicurezza, per

Esaminando la disciplina in tema di conciliazione/mediazione offerta dalla riforma del giudice di pace, possiamo evidenziare come il momento principe, deputato al componimento del conflitto, sia stato individuato nell'udienza di comparizione, di cui all'art. 29 del d.lgs. 274/2000²⁸. Il tentativo di conciliazione qui delineato, con una certa articolazione²⁹, è doveroso e tutt'altro che formale, ma riguarda unicamente i reati perseguibili a querela. Il campo applicativo è definito proprio da quegli illeciti che sono espressione di microconflittualità tra privati, ma che soprattutto, in ipotesi di accordo, consentono una rapida definizione del procedimento, grazie alla remissione della querela.

L'art. 29 prevede che, durante l'udienza di comparizione, il giudice di pace sia chiamato a *promuovere* la conciliazione, in tutti i casi di reati perseguibili a querela. Il suo ruolo è stato definito «*proattivo* nel perseguimento di quel fine e non semplicemente *reattivo*, di mera presa d'atto delle conciliazioni intervenute tra le parti»³⁰.

A tale scopo, «qualora sia utile», il giudice può disporre, anche d'ufficio, un rinvio dell'udienza per un periodo non superiore a due mesi (termine ordinatorio) e, «ove occorra», può ricorrere all'attività di mediazione svolta da centri e strutture pubbliche e private presenti sul territorio.

La mediazione penale trova un suo riconoscimento espresso e si differenzia dalla mera attività di conciliazione condotta direttamente dall'organo giudicante.

Il legislatore non offre tuttavia una regolamentazione compiuta della parentesi mediativa. Accomuna di fatto soltanto conciliazione e mediazione ai fini dell'utilizzabilità delle dichiarazioni, prevedendo che «le

mezzo dei suoi ufficiali ed a richiesta delle parti. Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 302.

²⁸ V. PATANÈ, *La mediazione*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, 360.

²⁹ V. BONINI, *Udienza di comparizione*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 ed alle successive modifiche*, Torino, 2002, 257.

³⁰ C. SOTIS, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano, 2004, 55.

dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione».

Dopo questo primo intervento normativo, al quale – salve eccezioni³¹ – non ha fatto seguito un convinto investimento pubblico nella formazione dei mediatori penali e nella creazione di centri di mediazione e i giudici di pace si sono trovati da soli a gestire i conflitti penali, il legislatore italiano ha atteso molto tempo prima di aprire nuovamente le porte alla giustizia riparativa.

L'occasione è venuta da un intervento di riforma molto importante, che si colloca nel solco di una più generale tendenza verso soluzioni deflattive di non punibilità dell'autore di reato, adottate per rispondere ad un'emergenza italiana mai superata: il sovraffollamento carcerario.

Meritano infatti di essere considerate le misure contenute in tutto, perché oggetto di normazione diretta, o in parte – nella forma della delega, poi parzialmente attuata – nella legge 28 aprile 2014 n. 67³² e che hanno investito il diritto penale degli adulti, ed in particolare gli istituti, come la messa alla prova, che riconoscono alla persona offesa un ruolo significativo e che, con tratti inediti, anche se lungo i binari già tracciati da esperienze precedenti, possono oggi consentire di valorizzare processi ed esiti riparativi.

Il contenuto della prova è rimesso alla discrezionalità dell'autorità giurisdizionale, che può modificare od integrare il programma³³ con il

³¹ Un'eccezione è rappresentata proprio dal centro creato dalla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige, attivo dal 1° giugno 2004, prima come Centro di Mediazione Penale e poi come Centro di Giustizia Riparativa.

³² Cfr. sul punto F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1693 ss.

³³ Come è stato ben rilevato (R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 669), quanto al termine “programma”, esso viene utilizzato nel codice penale per indicare solo alcune attività (a partire dall'attività di volontariato di rilievo sociale fin alle prescrizioni relative al rapporto con il servizio sociale o con la struttura sanitaria) da svolgere previo affidamento dell'imputato al servizio sociale, mentre nel codice di procedura esso pare ricomprendere, in termini più ampi, le modalità di coinvolgimento dell'imputato e del suo nucleo familiare, 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,

consenso dell'imputato, ma, anche se le norme che disciplinano l'istituto, distribuite nel codice penale ed in quello processuale, non sono di agile lettura e coordinamento tra loro, alcuni requisiti appaiono inderogabili³⁴.

Da un lato, vi sono "le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale" (art. 464-*bis* c.p.p.), con il lavoro come presupposto irrinunciabile (art. 168-*bis* c.p.), in quanto "mezzo di integrazione sociale"³⁵. Dall'altro vi sono gli "adempimenti riparativo-risarcitori" rivolti alle vittime dell'attività criminosa, che possono vedersi rapidamente riparate le conseguenze del reato.

Così, il programma deve necessariamente contenere "le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato assume" anche allo scopo 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 condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa" (art. 464-*bis* c. 4 lett. b) e c) c.p.p.).

Il nuovo articolo 141-*ter* disp. att. c.p.p., infatti, impone ai servizi sociali dell'Ufficio di esecuzione penale esterna, di riferire

specificamente sulle possibilità economiche dell'imputato, sulla capacità e sulla possibilità di svolgere attività riparatorie nonché sulla possibilità di svolgimento di attività di mediazione, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio.

Di più non si dice ed in particolare ancora una volta non si affronta la spinosa questione di chi sia chiamato ad effettuare la mediazione penale, di chi siano i legittimi operatori della giustizia riparativa.

Allo stesso tempo, si dimentica un profilo altrettanto importante.

le condotte riparatorie e le restituzioni", nonché "le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità" e, addirittura, "le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa".

³⁴ A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 1264.

³⁵ A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, in *Processo penale e Giustizia*, 2014, n. 5, 145.

Il tenore letterale delle norme è incerto: nel codice penale (art. 168-*bis* c.p.), all'eliminazione delle conseguenze del reato si aggiungono le prestazioni risarcitorie; nell'art. 464-*bis* c. 4 lett. b), invece, il risarcimento, la riparazione e la restituzione paiono capaci di elidere le conseguenze del reato. Se è pur vero che mediazione e riparazione appaiono come prescrizioni distinte, nell'ambito dell'art. 464-*bis* c.p., è altresì vero che, perché la posizione della vittima possa dirsi pienamente riconosciuta, la riparazione dovrebbe essere più correttamente definita all'esito di un percorso di mediazione e non invece con l'ordinanza di messa alla prova, alla quale dovrebbe seguire la mediazione.

Ci si dimentica quindi di valorizzare l'esito di una mediazione ben riuscita: un accordo a contenuto riparatorio, che potrebbe rientrare a pieno titolo nel programma.

La Raccomandazione CM/Rec (2018)8 del Consiglio d'Europa sulla giustizia riparativa in materia penale, alla Regola 58 dell'Appendice, ha proprio sottolineato come, in materia di *probation*, sia possibile ricorrere alla giustizia riparativa prima o durante la sorveglianza e come il ricorso alla giustizia riparativa in concomitanza con la pianificazione della sanzione – alla quale è avvicinabile la fase di definizione del programma di messa alla prova processuale – permetterebbe di considerare gli accordi di giustizia riparativa nella determinazione dei programmi di sorveglianza e assistenza.

In conclusione, pur nella lucida convinzione che in Italia ancora oggi si registra uno scarto significativo tra la profondità del messaggio della giustizia riparativa e la sua diffusione – uno scarto dovuto soprattutto a ragioni culturali, economiche ed organizzative – è con questo quadro normativo in mente che lasceremo spazio alle esperienze che si sono formate nei due ambiti esaminati: la competenza penale del giudice di pace e la sospensione del processo con messa alla prova.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DI IMPUTATI ADULTI

L'ESPERIENZA DEL CENTRO DI GIUSTIZIA RIPARATIVA DI TRENTO NEL PROCEDIMENTO PENALE DAVANTI AL GIUDICE DI PACE E NELLA MESSA ALLA PROVA: POTENZIALITÀ E CRITICITÀ

Daniela Arieti

SOMMARIO: *1. L'attività del Centro negli invii dei Giudici di Pace. 2. L'attività del Centro nella messa alla prova per imputati adulti.*

1. L'attività del Centro negli invii dei Giudici di Pace

Il d.lgs. 274/2000, relativo alla competenza penale del Giudice di pace, costituisce nella realtà italiana il primo atto legislativo che riconosce una funzione alla giustizia riparativa richiamando esplicitamente l'applicazione dello strumento della mediazione nell'ambito di un procedimento penale.

Un atto dunque dal nostro punto di vista fondamentale, non solo perché ha permesso la costituzione del Centro nel 2004, ma anche perché, conferendo carattere conciliativo a questo procedimento, sottolinea l'importanza di trovare anche al di fuori dell'aula giudiziaria, in un contesto informale ma al contempo "protetto" e professionale, spazi di ascolto e dialogo in cui sia favorita la risoluzione alternativa del conflitto che ha generato il reato e in cui sia possibile, laddove concordata, la riparazione delle conseguenze del reato.

Questa possibilità che si dà all'esterno dell'aula giudiziaria, e che è dunque una occasione diversa da quella conciliativa concessa dal Giudice di Pace durante l'udienza, consiste nel ricorso a centri che si occupino di giustizia riparativa – il nostro ne è un esempio nel panorama italiano – che possano, per la professionalità delle figure che vi lavora-

no e per la specificità delle tecniche e degli strumenti che mettono in campo, lavorare allo scopo di riparare lo strappo nei legami sociali provocato dal reato, attraverso il supporto, la comunicazione, la riparazione. Questa occasione permette alle persone coinvolte di uscire dalle logiche processuali (io vinco/tu perdi) per assumere invece un ruolo attivo e responsabile nella risoluzione del conflitto che le riguarda.

L'ambito dei procedimenti davanti ai Giudici di Pace, per il tipo di reati e di conflitti da cui è interessato, ha delle specificità.

I casi nei quali è richiesto il nostro intervento sono infatti per la maggior parte reati legati alla "vicinanza", che avvengono tra conoscenti, vicini di casa, parenti. E che riguardano storie di conflitti lunghi e spesso cristallizzati nel tempo nei quali è difficile e delicato intervenire.

La difficoltà è accentuata dal fatto che questo tipo di intervento è previsto dalla normativa in un momento lontano dal fatto accaduto e che spesso nell'arco di tempo intercorso tra il fatto e l'intervento (che può essere di 2-3 anni), sono nati nuovi conflitti che possono aver portato a nuove denunce e alla nascita di nuovi procedimenti penali.

Come sanno bene i Giudici di Pace, gli esiti positivi in questo ambito non sono frequenti. Non lo sono per i motivi che ho elencato poco fa e forse anche per una serie di resistenze culturali dovute ad una scarsa familiarità con gli strumenti di gestione dei conflitti e alla difficoltà di utilizzare uno strumento che richiede un impegno attivo (diverso quindi dalla "delega" che di fatto le persone scelgono quando si rivolgono alla giustizia) e personale (nel senso che richiede di allontanarsi dalla propria posizione ed entrare in contatto con i propri bisogni e i propri reali interessi).

Come abbiamo già avuto modo di condividere con i Giudici di Pace in un precedente appuntamento, ci sono casi in cui, benché la mediazione non possa definirsi positiva nel senso auspicato dal Giudice (cioè non abbia portato a un ritiro della querela), il lavoro con le persone consente comunque un confronto utile ad affrontare questioni che talvolta esulano dal reato. In molte situazioni, infatti, specie nei reati di vicinato o intrafamiliari, il reato costituisce solo la punta di un iceberg in cui conflitti non risolti si sono man mano cristallizzati. Cominciare a trattare questioni che possono sembrare banali come il tagliare o meno

il ramo di un albero o il decidere come spalare la neve da un cortile comune, o confrontarsi rispetto ad un episodio familiare specifico, vuol dire avvicinare le persone in conflitto, dare loro la possibilità di dialogare.

Pur nella consapevolezza che questo lavoro non porti nell'immediato il risultato sperato, dal nostro punto di vista, il fatto che le persone si diano questa possibilità è comunque un risultato importante e assume in alcuni casi una funzione preventiva di ulteriori contrasti.

2. L'attività del Centro nella messa alla prova per imputati adulti

Nel 2015 è stato siglato tra la Regione Autonoma TAA e l'allora Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria un protocollo relativo alla possibilità data dalla legge n. 67/2014 di costruire programmi di trattamento contenenti strumenti di giustizia riparativa come ad esempio la mediazione con la vittima del reato.

Il programma di trattamento può dunque avere – e a mio avviso dovrebbe avere laddove possibile – anche un carattere riparativo, affinché la vittima del reato si senta presa in considerazione e abbia la possibilità di essere ascoltata e supportata e di dare il suo contributo, se lo ritiene opportuno.

Sembra importante a questo punto focalizzarsi sul significato del concetto riparativo.

Come tutti sappiamo “giustizia riparativa” è un modo diverso di affrontare il reato e di pensare al reato, che coinvolge la vittima, l'autore e la comunità con un ruolo attivo.

Parlare di giustizia riparativa ha senso, quindi, se i soggetti da riparare (la vittima e/o la comunità) partecipano direttamente o indirettamente, in modo attivo, alle decisioni riguardanti la riparazione o se, nel caso in cui non vogliano parteciparvi, siano comunque presi in considerazione nella riflessione rispetto al reato.

È chiaro infatti che qualsiasi lavoro di pubblica utilità si pone a servizio della comunità, ma è sufficiente questo per definirlo riparativo?

Un lavoro di pubblica utilità ha un senso sicuramente riabilitativo, rieducativo, utile nell'ottica del reinserimento, ma non necessariamente riparativo.

Affinché diventi riparativo deve essere presa in considerazione la vittima o deve essere coinvolta in modo attivo la comunità.

Potrebbe apparire più chiara invece la valenza riparativa di un risarcimento economico. In realtà anche qui il concetto di riparazione va specificato.

La componente economica è una parte che può essere considerata e trattata anche in sede di mediazione, sempre con l'assistenza dei legali, ma essa assume un carattere riparativo (e non risarcitorio) solo qualora sia affiancata da "altro". Quei casi in cui ci sia un coinvolgimento solo dal punto di vista monetario sono situazioni in cui è più adatto lo strumento negoziale/transattivo, spesso messo in campo efficacemente dagli stessi avvocati ai quali le parti si affidano per le questioni monetarie.

Dal nostro punto di vista, dunque, pur non rifiutando di intervenire in queste situazioni, siamo consapevoli che la nostra attività in questi casi è puramente negoziale e poco ha a che vedere con il concetto di "riparazione" che il nostro lavoro implica.

Come scrivono Ceretti, Di Ciò e Mannozi

riparare non significa riduttivamente controbilanciare in termini economici il danno cagionato. Realizzabile tramite azioni positive, infatti, la riparazione ha una valenza molto più profonda e soprattutto uno spessore etico che la rende ben più complessa del mero risarcimento¹,

in quanto strettamente collegata ai reali bisogni delle parti coinvolte e della comunità grazie al percorso di mediazione che la precede.

Per concludere, mi sembra utile ribadire l'importanza della giustizia riparativa per le vittime: una giustizia che ne riconosce il ruolo e che dà, alle persone che lo vogliono, un ruolo attivo nella risposta al reato di cui esse stesse sono state loro malgrado protagoniste.

¹ A. CERETTI, F. DI CIÒ, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Milano, 2001, 310.

Questa possibilità, che in qualche caso allevia la sofferenza e trasforma la collera in qualcosa di positivo, dovrebbe essere offerta a tutte le persone che sono vittime di reato. Proprio perché è una possibilità non è detto che tutte la colgano, ma questo non ha importanza.

L'auspicio è che la sensibilizzazione degli operatori prima che dei cittadini porti ad una diffusione sempre più capillare delle pratiche di giustizia riparativa: questo consentirebbe da un lato di farle conoscere e quindi di favorire un cambiamento anche culturale in merito alle possibili risposte al reato favorendo lo sviluppo anche di processi sociali e comunitari di riflessione; dall'altro di contribuire al benessere delle vittime e alla responsabilizzazione degli autori di reato.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLA PROSPETTIVA DEL GIUDICE DI PACE

Alessandra Demetz

Il titolo di questo convegno, a mio avviso, è espressione dell'attività svolta quotidianamente dai giudici di pace che si trovano a confrontarsi con reati molto spesso perseguibili a querela. Per tali reati la riparazione del danno, inteso in senso ampio, spesso può portare ad una soluzione definitiva del conflitto che sta alla base.

Proprio in tale contesto vorrei circoscrivere il mio intervento ad una brevissima analisi del contenuto del d.lgs. 274/2000, il quale, come è noto, detta le disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, soffermandomi più che altro sulle concrete vicissitudini che il giudice di pace si trova a dovere affrontare in tale ambito.

In base all'art. 2 c. 2 d.lgs. 274/2000, "nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti".

L'art. 29, che detta la disciplina dell'udienza di comparizione, è così formulato:

Art. 29. Udienza di comparizione

1. Almeno sette giorni prima della data fissata per l'udienza di comparizione, il pubblico ministero o la persona offesa nel caso previsto dall'articolo 21, depositano nella cancelleria del giudice di pace l'atto di citazione a giudizio con le relative notifiche.
2. Fuori dei casi previsti dagli articoli 20 e 21, le parti che intendono chiedere l'esame dei testimoni, periti o consulenti tecnici nonché delle persone indicate nell'articolo 210 del codice di procedura penale, devono, a pena di inammissibilità, almeno sette giorni prima della data fissata per l'udienza di comparizione, depositare in cancelleria le liste con l'indicazione delle circostanze su cui deve verte-
re l'esame.
3. Nei casi in cui occorre rinnovare la convocazione o la citazione a giudizio ovvero le relative notificazioni, vi provvede il giudice di pace, anche d'ufficio.

4. Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio. In ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione.
5. In caso di conciliazione è redatto processo verbale attestante la remissione di querela o la rinuncia al ricorso di cui all'articolo 21 e la relativa accettazione. La rinuncia al ricorso produce gli stessi effetti della remissione della querela.

Vediamo pertanto che una delle peculiarità del procedimento dinanzi al giudice di pace è proprio il tentativo di conciliazione delle parti che il giudice di pace deve promuovere, qualora si tratti di reati perseguibili a querela, nel corso dell'udienza di comparizione. Inoltre, il giudice, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 274/2000, può rinviare l'udienza, purché per un periodo non superiore a due mesi, al fine di favorire la conciliazione.

Se la conciliazione riesce, se ne redige processo verbale che attesta la remissione di querela o la rinuncia al ricorso e la relativa accettazione.

In questo caso verrà emessa sentenza di non doversi procedere.

In caso di mancata conciliazione, si dichiara l'apertura del dibattimento.

È interessante notare come il giudice di pace nel corso di tutto il procedimento, come previsto dal comma 2 dell'art. 2 citato, debba favorire, per quanto possibile, la conciliazione fra le parti.

Vediamo pertanto come il legislatore abbia dato un estremo rilievo alla conciliazione fra le parti. Ciò è sicuramente anche dovuto al fatto che i reati devoluti alla competenza per materia del giudice di pace erano inizialmente per lo più solo quelli c.d. bagatellari procedibili a querela di parte, che riguardano microconflittualità fra privati e non coinvolgono gli interessi collettivi. Nella prassi accade che proprio tali reati coinvolgano familiari, ex coniugi, vicini di casa o condomini e si rivelino, pertanto, sintomatici di conflitti di lunga durata.

Sono proprio questi reati, che, se gestiti male o trascurati del tutto, portano ad una cronicizzazione del conflitto.

Visto pertanto che il principale obiettivo della giurisdizione penale affidata a questo giudice è il dovere di favorire la conciliazione tra le parti, è lo stesso giudice di pace a svolgere un ruolo attivo di mediatore nel conflitto. È anche previsto che, nella sua azione mediatrice, il Giudice di Pace si possa avvalere dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio ed è questo un aiuto molto importante, tenendo presente che i mediatori dei centri di mediazione sono professionisti della mediazione e la loro preparazione da questo punto di vista va sicuramente oltre quella del giudice che svolge la sua funzione sempre e comunque come giurista.

Un altro importante aspetto che concerne la preminente funzione conciliativa dell'azione giurisdizionale di questo giudice si evince anche dalla garanzia, riconosciuta alle parti nell'ultimo periodo dell'art. 29, di non veder utilizzate, ai fini della deliberazione, le ammissioni e le reciproche concessioni fatte per un'eventuale pacificazione, nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione. Garanzie essenziali, senza le quali l'azione di pacificazione del giudice sarebbe destinata a certo fallimento.

A fronte di tale finalità e della *ratio* stessa appena delineata del procedimento penale davanti al Giudice di Pace devo tuttavia sottolineare come spesso la situazione reale che si profila è ben diversa da quella supposta inizialmente dal legislatore.

Infatti, i procedimenti di nostra competenza hanno ad oggetto sempre di più reati per cui la conciliazione non è possibile. Basti pensare ai reati in materia di immigrazione di nostra competenza. A tal riguardo mi preme evidenziare come una grossa percentuale dei procedimenti instaurati concerna proprio questi ultimi. Se prendo ad esempio le mie ultime udienze, ben il 50% dei procedimenti concerneva violazioni dell'art. 14 o dell'art. 10-*bis* del d.lgs. 286/1998.

A questi reati, per cui la conciliazione o mediazione non è applicabile, si aggiungono tutti i procedimenti per violazione dell'art. 590 c.p., ossia concernenti le lesioni colpose, dove quasi sempre la persona offesa non è interessata tanto ad una condanna penale dell'autore del reato,

ma più ad un risarcimento del danno subito, per cui la querela stessa viene proposta più per far leva sull'assicurazione che per altro.

Nell'ambito di questi procedimenti svolgere un tentativo di conciliazione risulta spesso superfluo, avendo già gli stessi avvocati difensori preso contatto con la parte offesa e con le assicurazioni, e come giudici ci troviamo di fronte ad una serie di richieste di rinvio, nell'attesa del congruo risarcimento. Questi procedimenti terminano per lo più con una remissione di querela o con l'applicazione dell'art. 35 e quindi con la dichiarazione di estinzione del reato.

Essendo i reati di danneggiamento e di ingiuria stati abrogati nel corso del 2016, i reati di competenza del giudice di pace che per la loro natura si prestano ad essere oggetto di mediazione sono: la diffamazione, la minaccia semplice, le percosse, le lesioni personali lievissime.

Anche nell'ambito di tali reati però, a mio avviso, deve essere fatta una distinzione. Infatti, in sede di prima udienza, momento in cui il giudice non è a conoscenza di alcun particolare della vicenda, se non dello scarno capo di imputazione, ritengo sia importante indagare quale è il rapporto che lega le parti ed in quale contesto il reato è stato commesso.

Nel caso in cui si tratti di un incontro sporadico o unico e si possa pertanto presumere che non vi saranno ulteriori contatti tra le parti, il conflitto può risultare non troppo radicato e ben può il giudice trovare una soluzione del conflitto che sia definitiva. Infatti colloquiando con le parti riusciamo spesso, nel pochissimo tempo a nostra disposizione, grazie anche al ruolo istituzionale che ricopriamo in quel momento, a conciliare le parti.

Ritengo invece che, per i conflitti che concernono persone che nella loro vita quotidiana devono per forza venire ancora in contatto, il tempo dell'udienza penale sia spesso troppo ristretto per potere effettivamente approfondire la fattispecie nel tentativo di conciliare le parti e risolvere conflitti molto profondi che stanno alla base. Basti pensare che, in genere, nel corso di un'udienza, a ruolo vi sono tra i 20 e i 30 procedimenti.

Visto che è previsto dalla legge, cerchiamo sempre di conciliare, ma è per questi conflitti che, a mio avviso, è molto importante il Centro di mediazione e di giustizia riparativa della Regione Autonoma.

In tale contesto è inoltre molto importante il ruolo svolto dagli avvocati. Infatti, proprio questi ultimi hanno più contatti con i propri clienti e la conoscenza più approfondita della vertenza prima dell'udienza. È importante allora che gli avvocati conoscano la possibilità di chiedere l'intervento dei centri di mediazione nel corso del processo e preparino le parti in tal senso.

Solo la collaborazione di tutte le parti del processo può infatti, a mio avviso, avvicinare l'esito del procedimento a quello che realmente il legislatore, affidando parte dei procedimenti penali al giudice di pace, aveva inteso ottenere.

Ritengo pertanto di massima importanza che le parti del processo si impegnino ad andare oltre l'esito del singolo processo, specialmente per reati di competenza del giudice di pace, e tengano presente che un trattamento adeguato di situazioni microconflittuali può evitare l'insorgere di conflitti ben più gravi.

GIUSTIZIA RIPARATIVA ED ESECUZIONE DELLA PENA

PER UNA GIUSTIZIA RIPARATIVA IN FASE ESECUTIVA *

Antonia Menghini

SOMMARIO: 1. I modelli di giustizia riparativa sono compatibili con il momento esecutivo della pena? 2. Spunti comparatistici. 3. Riferimenti normativi. 4. Il contributo degli Stati generali dell'esecuzione penale. 5. Diversa operatività dei modelli di giustizia riparativa in fase di cognizione e in fase esecutiva. 6. Conclusioni.

1. I modelli di giustizia riparativa sono compatibili con il momento esecutivo della pena?

Il dato ineludibile e di partenza è che la giustizia riparativa rappresenta un paradigma culturalmente e metodologicamente autonomo, contenutisticamente innovativo, che si pone in rapporto di complementarietà con la giustizia penale “classica”¹. Essa presuppone necessariamente un cambio radicale di prospettiva, il superamento dei canoni classici di approccio agli scopi della pena e, più in generale, dell’approccio alla giustizia penale. Implica cioè necessariamente l’emancipazione dalla logica del “sorvegliare e punire”, muovendo da una lettura relazionale del fenomeno criminoso che non è più reato contro la società e contro l’ordine costituito che richiede una pena, ma reato nei con-

* Il presente contributo è la rielaborazione di quanto preparato per introdurre la sessione relativa alla giustizia riparativa nella fase esecutiva nel Convegno di Trento del gennaio 2017. La relazione è stata recentemente riaggiornata in vista di un intervento tenuto nell’ottobre 2018 al Corso di perfezionamento in vittimologia e giustizia riparativa organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università di Firenze.

¹ Per un approfondimento del tema della giustizia riparativa, cfr. da ultimo E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2018, *passim*.

fronti di una vittima che richiede riparazione del danno provocato in senso ampio. In questo senso risulta fondamentale quanto affermato nella Direttiva UE n. 29 del 2012 secondo cui «il reato non è solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali della vittima». Ciò di fatto comporta la necessità di spostare l'attenzione da chi compie materialmente il fatto e merita di essere punito a chi soffre, a chi di quel reato è vittima, e, correlativamente, da quali siano le sanzioni da applicare al reo a cosa offrire per poter riparare il danno causato alla vittima. Si tratta di una rivoluzione copernicana che deve prendere le mosse da un cambio radicale di approccio e che necessariamente presuppone una modifica di mentalità che deve coinvolgere tutta la società. Si tratta di superare la ricostruzione classica e tradizionale dell'idea retributiva, prima, e rieducativa, poi, della pena, per abbracciare un paradigma innovativo; di superare una concezione di giustizia cosiddetta verticale, per cui lo Stato esercita un potere coercitivo nei confronti del condannato, a favore di una logica di giustizia orizzontale, dialogica, in cui reo e vittima sono posti sullo stesso piano².

Ciò detto, si sente spesso ripetere che la giustizia riparativa è un modello spendibile in ogni grado e stato del procedimento penale. La domanda che è legittimo porsi è dunque la seguente: «c'è spazio per i modelli di giustizia riparativa e per i percorsi di mediazione penale anche nel momento esecutivo?».

In realtà, ad una prima impressione, sembra quasi contraddittorio parlare di esecuzione della pena e di mediazione penale³.

² Calata nel momento esecutivo della pena, questa riflessione potrebbe trovare terreno fertile nel fatto che la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 ha segnato il superamento della concezione di c.d. supremazia speciale secondo cui il condannato veniva considerato soggetto passivo dell'*agere* dell'amministrazione penitenziaria in favore di una concezione che vede il soggetto ristretto quale titolare di diritti. Per un approfondimento delle diverse teorie affermatesi prima dell'entrata in vigore della legge del 1975, cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 9 ss. Da ultimo rammentiamo che il d.lgs. n. 123 del 2 ottobre 2018 ha introdotto un nuovo comma 3 all'art. 1 o.p. che dispone: «Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno».

³ Cfr. G. PAVARIN, *La giustizia riparativa nella fase esecutiva. Esperienze della Magistratura di Sorveglianza*, *infra*, in questo volume.

Da un dato è peraltro opportuno partire: se rispetto al momento della cognizione i riferimenti normativi appaiono scarni, con specifico riferimento al momento dell'esecuzione della pena non si rinviene alcun addentellato normativo specifico che evochi in maniera esplicita e compiuta i modelli di giustizia riparativa. Si possono al più individuare alcune norme, come chiariremo meglio tra poco, che, facendo riferimento espresso alla vittima, permettono solo indirettamente di individuare degli spazi per l'innesto di modelli di giustizia riparativa anche in fase esecutiva⁴.

Nel tentativo di fornire una risposta al nostro interrogativo iniziale, risulta importante prendere le mosse dalla definizione di giustizia riparativa contenuta nella Direttiva UE n. 29/2012, secondo cui vi rientra: «ogni procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, ove vi acconsentano liberamente, alla risoluzione delle questioni sorte dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale». Di primo acchito questa definizione sembrerebbe non lasciare margini di spazio per la collocazione di modelli di giustizia riparativa nel momento esecutivo della pena, momento che presuppone l'accertamento della responsabilità e l'irrogazione di una sanzione.

Bisogna però tenere in adeguata considerazione anche la più risalente Raccomandazione n. 11/1985 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che, preso atto del potenziale effetto ulteriormente negativo sulla vittima dei tradizionali sistemi di giustizia penale, ha raccomandato agli Stati membri la valorizzazione della giustizia riparativa in ogni fase del processo e anche in quella dell'esecuzione della pena, giungendo a declinare il modello riparativo anche quale sanzione autonoma, sostitutiva, aggiuntiva o quale elemento in grado di influenzare decisioni di *probation*⁵.

È un dato di fatto, infatti, che la giustizia riparativa si caratterizzi in astratto per la sua potenziale duttilità applicativa: può essere infatti ap-

⁴ Cfr. *infra*, par. n. 3, *Riferimenti normativi*.

⁵ Un percorso pilota era stato proposto anche nella casa circondariale di Spini di Gardolo dall'Ufficio per i giudici di pace e la mediazione della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, e solo per ragioni legate alla tempistica, in quanto il soggetto si trovava in prossimità del fine pena, non è stato possibile attivare la procedura.

plicata quale valido strumento di *diversion*⁶, quale causa estintiva del reato, ma può anche avere una sua rilevanza nel momento successivo della commisurazione e, poi, dell'esecuzione della pena. Non a caso il d.d.l. n. 2794/2014 si riferiva alla giustizia riparativa quale momento qualificante del percorso di recupero sociale sia in ambito intra che extramurario.

2. *Spunti comparatistici*

Nell'ottica di fornire una risposta al nostro interrogativo iniziale, se cioè abbia senso parlare di mediazione penale e, più in generale, di giustizia riparativa, nel momento esecutivo, validi spunti di riflessione ci possono giungere da un rapido sguardo comparatistico.

Le suggestioni più interessanti per quanto riguarda il momento strettamente esecutivo della pena e, prima ancora, il momento commisurativo della stessa, giungono dai paesi di *common law*, in particolare da Stati Uniti, Regno Unito e Nuova Zelanda. Peraltro, secondo parte degli studiosi di questi ordinamenti, detti strumenti non andrebbero ascritti nel novero dei modelli di giustizia riparativa rispondendo essi stessi a una logica di tipo ritorsivo, di pura vendetta: *tot crimina tot poena*⁷.

⁶ Lo strumento della *diversion* riconosce agli organi inquirenti la facoltà di astenersi dall'esercizio dell'azione penale. Di fatto il soggetto viene affidato alla cura e al controllo degli assistenti sociali, ma, a differenza di quanto accade nella *probation*, manca tecnicamente la c.d. messa alla prova dell'*offender*. In un sistema come il nostro, connotato dall'obbligatorietà dell'azione penale, non esiste un istituto simile. Per un approfondimento sull'istituto, cfr.: G. PONTI, *Giovani, responsabilità e giustizia*, Milano, 1987, 109. Recentemente, per una trattazione delle differenze tra *diversion* e messa alla prova: B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 6.

⁷ Così: G. MANNOZZI, *Metodologie della giustizia riparativa nel contesto sanzionatorio*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 290.

Mi riferisco ai *Consigli commisurativi*⁸ e ai *resoconti di vittimizzazione*, che altro non sono che strumenti per portare all'orecchio del giudice le percezioni della vittima o di un consesso più ampio formato da più vittime che sono state oggetto del medesimo reato e che vengono dunque considerate uno strumento di *empowerment* della vittima.

A fianco di questi modelli, ve ne sono però altri chiamati *victim empathy group* e *victim impact panel*⁹. Si tratta di due modelli che, pur presentando delle peculiarità differenti, possono essere impiegati sia in fase commisurativa che in fase più strettamente esecutiva della pena.

Una precisazione è d'obbligo: i sistemi di *common law* sono sistemi bifasici, in cui, in un primo momento, si accerta e si afferma la responsabilità del reo, mentre, in un secondo momento a sé stante c.d. *sentencing*, si determina il tipo e il *quantum* di pena. Questa bipartizione permette di arricchire il fascicolo del giudice che si trova a determinare tipologia e durata della pena di un c.d. *pre-sentence report* redatto dai *probation officers* – i nostri assistenti sociali dell'U.e.p.e. – i quali svolgono le proprie riflessioni rispetto alla scelta della risposta sanzionatoria più congrua e alla sua definizione in termini di contenuti e dura-

⁸ Si tratta di un forum dialogico, c.d. *sentencing circle*, in cui la comunità partecipa per definire un'ipotesi di sanzione. Interessante a questo riguardo la riforma neozelandese del *Sentencing*, che prevede tre passaggi fondamentali. In primo luogo, quale premessa ineludibile ad una modifica così significativa, viene espressamente modificata la gerarchia degli scopi della pena con l'inserimento espresso di un nuovo fine: "promuovere nel reo la consapevolezza della dannosità delle proprie azioni; renderlo responsabile verso la vittima; assicurare il rispetto degli interessi della vittima; garantire la riparazione del danno". Ciò ha conseguentemente permesso di modificare la disciplina della commisurazione della pena, prevedendo da un lato che nel fascicolo, c.d. *pre-sentence report*, dovessero confluire i percorsi di giustizia riparativa compiuti anche dopo l'affermazione della responsabilità, e quella delle circostanze con la previsione di una attenuante a base riparativa. Per un approfondimento: G. MANNOZZI, *Metodologie della giustizia riparativa nel contesto sanzionatorio*, cit., 289 ss.

⁹ Il *victim empathy panel* è un gruppo non troppo nutrito di vittime (quattro o cinque vittime del medesimo titolo di reato) che devono aver già visto passare in giudicato la sentenza. Il reo partecipa e la sua partecipazione a questi gruppi può essere essa stessa parte della risposta sanzionatoria. Il *victim empathy group* è parte integrante del programma rieducativo del reo, in quanto la narrazione delle vittime può contribuire a sviluppare un senso di responsabilità per il fatto compiuto.

ta¹⁰. Il giudice che afferma la responsabilità per il fatto viene ad individuare anche una certa soglia di gravità del medesimo (alta, media, bassa), ed interroga in proposito il *probation officer* quanto alla risposta sanzionatoria maggiormente *suitable* sia rispetto al fatto commesso che al suo autore. Un'individualizzazione della pena dunque estremamente caratterizzata, anche se è pur vero che le indicazioni dei *probation officers* non sono vincolanti per il giudice che può decidere, motivatamente, di discostarsene.

È poi interessante vedere come i modelli citati siano stati introiettati anche a livello europeo, ad esempio in Belgio e in Germania.

In Germania è stato attivato un progetto pilota, denominato *focus on the victim*, per detenuti di una casa di reclusione di Amburgo i quali si erano resi responsabili di fatti molto gravi. Il progetto ha permesso di mettere in evidenza come questi gruppi abbiano un'incidenza positiva su tre livelli relazionali: a) relazione intra-psichica del reo, in chiave di elaborazione del vissuto e di interiorizzazione del disvalore penale del fatto da parte del suo autore; b) relazione società-reo, con le ripercussioni positive che ciò può avere in termini di superamento di quella marginalizzazione che è immanente all'esecuzione della pena privativa della libertà in carcere e di virtuosa traduzione in essere dell'obbligo della società, previsto all'art. 17 della legge sull'ordinamento penitenziario, di farsi parte attiva del percorso di reinserimento del reo; c) relazione tra autore del reato e vittima. È altresì emerso che il buon esito dei percorsi di giustizia riparativa dipende perlopiù dal tipo di reato commesso, avendo un impatto positivo per i fatti molto gravi, tra cui spiccano quelli di sangue, in cui il racconto della vittima e dei parenti delle vittime è in grado di suscitare empatia anche nel medesimo soggetto agente e uno molto meno percepibile rispetto a fatti meno gravi, soprattutto se contro il patrimonio¹¹.

¹⁰ Cfr., per un approfondimento, in particolare con riferimento alla *community sentence*, cfr. quanto elaborato dal Tavolo 14 degli Stati generali dell'esecuzione penale. In particolare: A. MENGHINI, *Misure alternative in Spagna, Francia, Inghilterra e Germania*, in www.giustizia.it.

¹¹ Sul punto cfr. *infra*, par. n. 4, *Il contributo degli Stati generali dell'esecuzione penale*.

3. Riferimenti normativi

Come anticipato, l'interprete è andato alla caccia di quegli addentellati normativi su cui innestare un processo di giustizia riparativa nel momento esecutivo, di quei piccolissimi appigli normativi su cui oggi è possibile trovare terreno fertile per l'innesto dei modelli di tale forma di giustizia.

Sicuramente, tra i più rilevanti, potevamo individuare l'articolo 27 del Regolamento di esecuzione della legge sull'ordinamento penitenziario (D.P.R. n. 230/2000) che si interessa in particolare dell'osservazione dell'*equipe*, tra cui spicca la riflessione sulle "possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato". È proprio a questa norma che si è fatto riferimento allorquando talune ordinanze dei Tribunali di Sorveglianza hanno voluto porre in risalto il percorso di giustizia riparativa compiuto con vittime specifiche nell'ottica di una sua valorizzazione ai fini dell'accesso alle misure alternative¹². Rammentiamo che la disposizione, di rango regolamentare, è stata di recente elevata a fonte primaria, con il suo inserimento, ad opera del d.lgs. n. 123/2018, nell'art. 13 comma 3 o.p.¹³.

Rileva poi certamente anche l'articolo 47 comma 7 o.p., relativo all'affidamento in prova al servizio sociale, allorquando si prescrive la necessità di adoperarsi, per quanto possibile, a favore della vittima del reato. Questa, che era in origine una prescrizione solo possibile, nel

¹² Cfr. Ord. Trib. Sorv. Venezia, 7 gennaio 2012, n. 5, in *Dir. pen. proc.*, n. 7, 2012, 833 ss., con nota di G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*. Il caso, relativo alla nota vicenda della Uno Bianca, riguardava l'accesso alla semilibertà di uno dei condannati all'ergastolo. Nel concedere la misura richiesta, il Tribunale di Sorveglianza dimostra di apprezzare i progressi compiuti dal condannato nel percorso rieducativo. Vengono in particolare messi in evidenza: la maturazione nel percorso di revisione critica; il comportamento del soggetto serbato durante i permessi premio; l'impegno nel lavoro intramurario; il risarcimento offerto alla vittima. Viene infine valorizzato espressamente il percorso di mediazione penale intrapreso, in particolare, con una vittima specifica.

¹³ Il nuovo art. 13 comma 3 o.p. recita: "Nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione".

senso che il giudice aveva discrezionalità nell'applicarla, diventa con legge Gozzini, nel 1986, obbligatoria.

Altri riferimenti sono rinvenibili nella norma sulla liberazione condizionale, quando si prevede, tra i presupposti per la sua concessione, il sicuro ravvedimento (art. 176 c.p.).

4. Il contributo degli Stati generali dell'esecuzione penale

Fondamentali risultano essere anche i lavori delle diverse commissioni ministeriali che si sono succedute e che hanno tentato, seppur senza una concretizzazione risolutiva, di proporre una disciplina dell'innesto della mediazione, e più in generale dei modelli di giustizia riparativa, anche con riferimento al momento dell'esecuzione della pena. Il riferimento corre in prima battuta ai lavori del Tavolo 13 degli Stati generali dell'esecuzione penale, presieduto dalla professoressa Mannozzi, e alla prima bozza di decreto legislativo proposta in attuazione della c.d. legge delega Orlando¹⁴.

In particolare, gli Stati generali hanno definito il perimetro applicativo dei modelli di giustizia riparativa rispondendo all'interrogativo se detto paradigma si ponesse come complementare ovvero autonomo rispetto a quello tradizionale e sciogliendo l'interrogativo per la prima opzione, in un duplice senso. Complementare in quanto si tratta di una logica che si pone a fianco di quella classica, retributiva, ma complementare anche e necessariamente in quanto, con riferimento alla fase di cognizione, non tutto è mediabile, non tutti i reati lo sono. Senza contare che il consenso risulta essere dirimente nei percorsi di giustizia riparativa: pertanto, ove la vittima si sottragga a un confronto e non si riesca ad individuare una vittima aspecifica, la composizione non è possibile. A questo proposito peraltro si aggiunge anche una considerazione di ordine generale: si media cioè alla luce di precetti giuridici dotati di

¹⁴ Cfr., per i lavori del Tavolo 13, il sito www.giustizia.it; per la bozza di decreto legislativo della Commissione Giostra, cfr. *Riforma dell'Ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2018.

una propria coazione in forza della previsione di una sanzione intesa in senso classico. E sebbene, in prima battuta, il Tavolo 13 avesse avuto l'ambizione di declinare le previsioni relative alla giustizia riparativa in termini generali, trattando di Stati generali dell'esecuzione penale, la scelta è stata in un secondo momento quella di limitare le riflessioni alla giustizia riparativa in fase esecutiva. Anche se, bisogna dirlo, molto di quanto è stato scritto può essere validamente riproposto anche con riferimento ai modelli di giustizia riparativa applicati in fase di cognizione.

È proprio il Tavolo 13 degli Stati generali che ci fornisce un'indicazione esaustiva di quali debbano essere le caratteristiche della giustizia riparativa, anche in fase esecutiva.

Il primo carattere è quello di una partecipazione attiva del reo, della vittima e della comunità.

Rispetto a questo punto credo sia necessario un ragionamento più ampio riferito specificamente al momento dell'esecuzione della pena. Da un lato è bene mettere in evidenza come, nonostante la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 sia sicuramente da annoverare tra i contributi maggiormente illuminati in materia penitenziaria, essa per certi versi risulti ancora intrisa di taluni portati delle concezioni in precedenza imperanti. Il ricorso al concetto di "trattamento" penitenziario e rieducativo ne costituisce un esempio. Nel caso di specie il riferimento ad un termine tanto forte quale quello di trattamento rende immediatamente percepibile l'idea di qualcosa "calato dall'alto" che, evidentemente, il condannato patisce come imposto, quando invece è di immediata percezione come non sia pensabile alcun cammino rieducativo senza un consenso libero del condannato. Ebbene, una partecipazione attiva del reo implica il superamento di questo approccio a favore di una responsabilizzazione del reo e di una pena intesa come pena-progetto, in cui il condannato stesso sia in grado di svolgere un ruolo proattivo, propositivo¹⁵.

Con riferimento al ruolo della vittima, la già citata Direttiva del 2012 lo definisce centrale. Ebbene ritengo che, soprattutto con riferi-

¹⁵ Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati*, in https://dipartimenti.unicatt.it/scienze/giuridiche-Forense_100515_Eusebi.pdf, p. 15.

mento al momento esecutivo della pena, questa affermazione non debba essere assolutizzata: è infatti auspicabile che sia riconosciuto perlomeno un ruolo paritario a vittima e reo. Pertanto, il ruolo della vittima in questa fase non deve essere assorbente, pena la perdita di tutte le ripercussioni positive già sottolineate in tema di rielaborazione critica del vissuto e di adesione maggiormente meditata al percorso rieducativo.

Infine, per quanto riguarda il ruolo attivo da affidare alla comunità, questo può essere il tramite, come già rilevato, per l'implementazione della norma dell'ordinamento penitenziario che prevede la partecipazione della comunità esterna all'opera rieducativa (art. 17 o.p.).

La seconda caratteristica imprescindibile è il riconoscimento della vittima e la riparazione dell'offesa nella sua dimensione globale.

Questo, per la verità, non è un passaggio così scontato. L'elaborazione del vissuto, la riflessione critica sul fatto di reato risultano infatti dirimenti, così come cristallizzati nella relazione di sintesi, ove il soggetto faccia istanza di accesso a misura alternativa dalla condizione detentiva, o così come emergenti dalla relazione socio-familiare dell'U.e.p.e., ove il soggetto faccia istanza dalla libertà. Si tratta dunque di comprendere se il soggetto abbia effettivamente interiorizzato il disvalore penale del fatto, se abbia compreso di essersi posto in frizione con l'ordinamento violando il c.d. patto sociale, e, più nello specifico, se lo stesso abbia anche compreso le ricadute negative del proprio agire, patrimoniali ma non solo, patite dalle vittime. È un dato di fatto che, anche di fronte a prove univoche e schiaccianti che hanno portato a una condanna, molti continuano a professarsi innocenti. Pertanto, compiere un percorso che porti a comprendere le ricadute specifiche e negative del proprio agire sul vissuto della vittima, è un percorso tutt'altro che scontato: c'è infatti una profonda differenza tra la percezione della violazione della norma e la percezione del danno materiale e morale causato alla vittima.

Il terzo elemento è la autoresponsabilizzazione del reo che, per quanto di nostra pertinenza, dovrebbe tradursi in fase esecutiva in una maggiore adesione al trattamento rieducativo inteso in senso lato e poi, anche *pro futuro*, in un'incidenza positiva nel momento in cui una persona tornerà in libertà, in termini di riduzione della probabilità statistica di reiterazione del reato. Si tratta, letta nella sua declinazione specifica

con riferimento alla fase esecutiva, dell'implicazione logica e conseguente al riconoscimento della vittima. Di fatto, attraverso l'elaborazione dei motivi e la presa coscienza della propria responsabilità per il fatto nei confronti della vittima, il reo dovrebbe giungere ad un consenso maggiormente solido rispetto all'adesione ai percorsi rieducativi offerti in fase esecutiva. Particolarmente rilevanti in questo senso gli studi statistici che sono stati fatti in termini di incidenza dei percorsi di giustizia riparativa sulla recidiva. Essi hanno dato come evidenza primaria un dato che può apparire, *prima facie*, sorprendente: è proprio per i fatti più gravi ed eclatanti che i percorsi di giustizia riparativa incidono in maniera significativa sul tasso di recidiva, risultando, al contrario, non rilevanti in caso, ad esempio, di reati di media gravità quali quelli contro patrimonio¹⁶.

A questi caratteri si aggiungono la consensualità e la volontarietà dell'accordo, oltre alla confidenzialità della mediazione.

Il Tavolo 13 ha poi elaborato una proposta di modifiche rilevanti, *in primis* della legge sull'ordinamento penitenziario, del relativo regolamento, e, in parte, anche del codice penale. In particolare, si proponeva di intervenire sull'art. 1 o.p., relativo al trattamento, di cui si proponeva la modifica della stessa *rubrica legis* nel senso di inserire, a lato di trattamento e rieducazione, anche il riferimento espresso ai programmi di giustizia riparativa. Nel disposto dell'art. 13 o.p. si prevedeva che, in base ai risultati dell'osservazione, venisse predisposto un progetto individualizzato in cui poteva esserci l'eventuale adesione a un programma di giustizia riparativa. La giustizia riparativa figurava anche tra gli elementi del trattamento, insieme al lavoro, all'istruzione e alla religione (modifica proposta all'art. 15 o.p.). All'articolo 15 *bis* o.p., di cui si proponeva l'introduzione, si forniva una norma generale *ad hoc* per la giustizia riparativa nella fase dell'esecuzione della pena¹⁷. Veniva pro-

¹⁶ Cfr. G. MANNOZZI, *Tipi sanzionatori e modelli sospensivi del processo: le ricadute sui tassi di recidiva*, in A. BERNARDI, M. VENTUROLI (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli, 2018, in particolare, con riferimento alla giustizia riparativa, 222 ss.

¹⁷ Non si può non sottolineare la necessità e l'importanza di una previsione di carattere generale. Un riferimento normativo espresso legittima in maniera inequivocabile

posta poi una modifica dell'articolo 27 del Regolamento di esecuzione: l'osservazione della personalità diventava funzionale alla predisposizione di un programma individualizzato di trattamento nonché alla formulazione dell'eventuale programma di giustizia riparativa.

Assolutamente rilevante anche l'obbligo di informazione di cui venivano investiti gli assistenti sociali dell'U.e.p.e. Secondo quanto proposto, nell'attuare gli interventi di osservazione e trattamento e durante l'esecuzione della pena in misura alternativa, questi uffici avrebbero dovuto fornire adeguata informazione sui programmi di giustizia riparativa.

E ancora si proponeva una modifica dell'articolo 88 del Regolamento, relativo al trattamento del dimittendo, nel senso di valorizzare la sua riflessione sulle conseguenze del reato, il danno prodotto alle vittime e alla comunità e prevedendo la possibilità di poter accedere a programmi di giustizia riparativa.

Come già ricordato, anche lo schema di delega Orlando aveva previsto uno spazio per un decreto in materia di giustizia riparativa, ma, come già chiarito, la proposta non è stata da ultimo approvata. Nello schema di decreto legislativo si ritrovavano tutta una serie di previsioni che più che essere squisitamente rivolte al momento esecutivo sembravano, per la verità, avere l'ambizione di potersi estendere generalmente a un qualsiasi modello di giustizia riparativa (in particolare previsioni sulle garanzie dei programmi di giustizia riparativa; sui servizi di giustizia riparativa, mediatori e formazione; sugli obblighi di informazione).

5. Diversa operatività dei modelli di giustizia riparativa in fase di cognizione e in fase esecutiva

Per rispondere all'interrogativo iniziale – se cioè i modelli di giustizia riparativa siano compatibili con il momento esecutivo della pena – è bene mettere in evidenza che bisogna distinguere due modalità di valo-

una scelta di campo a favore della spendibilità di modelli di giustizia riparativa anche nel momento esecutivo.

rizzazione della giustizia riparativa. La prima presenta una finalità conciliativa: si mira a dare una risposta diversa da quella tradizionale e a comporre anticipatamente il conflitto rispetto ai tempi propri di una condanna penale. La seconda ha invece una finalità essenzialmente riabilitativa. È di tutta evidenza che, volendo riflettere sulla spendibilità di modelli di giustizia riparativa nell'ambito dell'esecuzione della pena, ci stiamo muovendo all'interno di questo secondo modello. Non si tratta però tanto di differenziare gli strumenti, quanto di prendere atto che questi strumenti operano in maniera completamente diversa a seconda del momento del procedimento in cui si innestano.

Se dunque generalmente si auspica la massima valorizzazione dei modelli di giustizia riparativa in qualsiasi stato e luogo del procedimento, la loro operatività appare diversa: basti riflettere sulla stessa mediazione che, in fase esecutiva, acquista una dimensione tutta riabilitativa¹⁸. Si hanno inoltre differenze in termini di conseguenze giuridiche. È evidente che, in fase esecutiva, la conseguenza può essere quella di un apprezzamento del percorso di mediazione penale da parte del Tribunale di Sorveglianza che concede poi, anche sulla base di questo ulteriore elemento, la misura alternativa perché questa partecipazione può essere considerata quale valida indicazione di un'adesione piena al percorso trattamentale. Infine, anche il perimetro applicativo dei modelli di giustizia riparativa risulta essere diverso se applicato in fase esecutiva. Se infatti in fase di cognizione la giustizia riparativa non può considerarsi una risposta generale, così non è in ambito esecutivo, in cui i percorsi di giustizia riparativa possono essere proposti rispetto a tutte le tipologie di reato, anche le più gravi, compresi i delitti di cui all'articolo 4 *bis* o.p.

Ciò detto, la giustizia riparativa pone anche problemi diversi a seconda del momento in cui la stessa venga ad operare. Se infatti la maggiore difficoltà, quando la stessa si innesti nel momento della fase di cognizione, è quella relativa alla sua compatibilità con il principio della presunzione di innocenza¹⁹, nel momento esecutivo i problemi che in

¹⁸ Ciò evidentemente passa per il tramite di una rivisitazione del concetto classico di rieducazione da percorso individuale a percorso dialogico, sui cui cfr. *infra* in dettaglio.

¹⁹ Cfr., sul punto, A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, 2018, *passim*.

astratto si pongono sono di natura differente. In primo luogo, un problema rilevante è quello del considerevole lasso di tempo che può essere trascorso tra la commissione del fatto ed il momento in cui si fa ricorso ad un percorso di giustizia riparativa. È questo certamente un problema significativo che peraltro ripropone le medesime criticità e perplessità già espresse in dottrina allorché si è riflettuto sull'incongruenza di una risposta sanzionatoria che troppe volte giunge a distanza di un numero tanto significativo di anni da non avere più senso e che compromette il più delle volte il buon inserimento sociale nel frattempo conseguito dal soggetto. Ulteriore problema è quello del contesto detentivo che da solo può rappresentare un ostacolo materiale alla realizzazione di percorsi di giustizia riparativa. A ciò si aggiungono rischi di vittimizzazione secondaria, cui si cerca di ovviare anche attraverso il ricorso alle vittime cc.dd. surrogate, ed il profilo della potenziale confliggenza tra i requisiti del consenso e della prescrizione imposta da parte del magistrato. Quest'ultimo profilo merita un approfondimento. Se infatti, per lo meno con riferimento a quanto previsto attualmente in materia di affidamento in prova al servizio sociale, il riferimento all'adoperarsi per quanto possibile a favore della vittima del reato passa per una prescrizione "imposta" al condannato da parte del Magistrato di Sorveglianza, è comunque vero che l'istanza di affidamento è il più delle volte formulata dal legale dell'interessato, mentre l'affidamento in prova vede come momento costitutivo della propria operatività la sottoscrizione del programma trattamentale da parte del condannato.

Si pone infine un ulteriore profilo problematico: taluno potrebbe criticare l'"opportunismo" del ricorso a schemi di giustizia riparativa ove gli stessi possano essere funzionali poi ad essere apprezzati dalla Magistratura di Sorveglianza per la concessione di futuri benefici. Questa considerazione rischia però di essere fuorviante e di introiettare considerazioni di ordine moraleggiante che dovrebbero essere avulse dal sistema penale. La logica "premiale", che peraltro è qualcosa di diverso da ciò che caratterizza il sistema della giustizia riparativa, per il vero permea buona parte degli istituti che si innestano in fase esecutiva: il "buon comportamento" di fatto risulta essere il viatico per la concessione di tutti i benefici principali (misure alternative, liberazione anticipata, permessi premio). Il punto di convergenza può intravedersi negli

effetti, ma mai comunque nell'approccio al conflitto che, nei modelli di giustizia riparativa, propone ineludibilmente uno schema di tipo dialogico-riparativo.

6. Conclusioni

Dopo quanto esposto, è ora possibile dare una risposta al quesito iniziale affermando che giustizia riparativa ed esecuzione della pena possono entrare in un rapporto dialettico. Ciò però solo a una condizione: che si muova da un superamento di quella che può essere considerata la concezione classica della finalità special-preventiva e dunque squisitamente rieducativa. Bisogna giungere a un'emancipazione dalla concezione rieducativa della pena, secondo cui la coscienza del disvalore penale del fatto rappresenta il punto di approdo del percorso rieducativo. Nello schema della giustizia riparativa ciò in effetti rappresenta solo il punto di partenza di un percorso²⁰.

Numerose sono le ricadute positive dell'incontro autore-vittima nel momento esecutivo, già messe in evidenza da attenta dottrina²¹. Non si ha evidentemente una deflazione processuale, come accade ad esempio grazie all'impiego di modelli di giustizia riparativa nello schema della sospensione del procedimento con messa alla prova, ma sicuramente si possono apprezzare ricadute di altro tipo altrettanto positive, soprattutto, come abbiamo visto, in termini di recidiva.

Inoltre, l'applicazione di modelli di giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena contribuisce a promuovere il superamento dell'ottica di esclusione, di marginalizzazione, di segregazione. Il reo, così come la stessa realtà carceraria, vengono di fatto "ghettizzati" dalla società di oggi. Si tratta di qualcosa che si vuole tenere lontano. Un percorso di mediazione implica invece una modalità relazionale, quindi questa segregazione, ontologica rispetto all'esecuzione della pena privata della libertà in carcere, viene meno.

²⁰ Così già: G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7, 2012, 851.

²¹ Sul punto, cfr. diffusamente: G. MANNOZZI, *ibidem*, 847-848.

Il programma di giustizia riparativa nel momento esecutivo promuove poi riaccoglienza perché contribuisce a rimuovere lo stigma sociale. Cioè la percezione della Società, di fronte a un soggetto che pure ha sbagliato ma si dice disponibile a un percorso di questo tipo, tende a migliorare, se non altro perché l'adesione a detti percorsi manifesta una volontà di cambiamento dell'autore del reato.

Ancora, implicazione strettamente correlata alle precedenti, il percorso di mediazione nell'esecuzione della pena alimenta il riconoscimento del reo come soggetto relazionale.

Oltre a ciò, mi sembra importante sottolineare, da ultimo, come il percorso di giustizia riparativa in fase esecutiva possa contribuire a far riacquistare "dignità" al detenuto.

L'articolo 27 comma 3 della Costituzione parla dell'ideale rieducativo e non è un caso che a questa finalità specifica delle pene venga anteposto il canone di umanità delle stesse. L'umanità della pena infatti è la condizione *sine qua non* per qualsiasi percorso rieducativo. Nessun reo, se non si vede riconosciuto come persona, se non si vede riconoscere quel nocciolo duro di diritti fondamentali e inviolabili, che non possono essere conculcati neppure nei confronti del soggetto che si è macchiato del crimine più grave, potrà liberamente predisporre a un percorso rieducativo. Se dunque in questo senso è possibile individuare una dignità in senso statico, concetto che appunto evoca la sussistenza di un nocciolo duro di diritti inalienabili, esiste però anche un concetto diverso di dignità, apprezzata in senso dinamico e molto vicina al concetto di onorabilità, per cui un soggetto che si macchia di un gravissimo delitto perde, agli occhi della società, la propria dignità²². Ritengo che, proprio attraverso un percorso di mediazione o comunque più in generale di riparazione e di incontro con la vittima, il reo possa riacquistare questa dignità "perduta".

²² Cfr. per un approfondimento della distinzione, già enunciata in Cicerone, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, ed. 2011, 19 ss.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLA FASE ESECUTIVA

ESPERIENZE DELLA MAGISTRATURA DI SORVEGLIANZA

Giovanni Maria Pavarin

SOMMARIO: *1. Mediazione e giustizia riparativa anche nella fase dell'esecuzione: il perché sì dell'Europa. 2. Il senso della giustizia riparativa in executivis: diffidenze, obiezioni, valori in gioco. 3. I primi esperimenti. 4. La giustizia riparativa nella prospettiva cattolica.*

1. Mediazione e giustizia riparativa anche nella fase dell'esecuzione: il perché sì dell'Europa

Parlare di mediazione penale e di giustizia riparativa sembrerebbe troppo tardi quando si è ormai entrati nella fase dell'esecuzione della pena, nella quale entra in gioco l'intervento della magistratura di sorveglianza.

Basta leggere l'art. 2 co 1 lett. d) della Direttiva 2012/29/UE, il quale definisce la giustizia riparativa come «ogni procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni sorte del reato con l'aiuto di un terzo imparziale».

Questa definizione sembra dunque porre fuorigioco la fase esecutiva, la quale presuppone l'affermazione definitiva della responsabilità penale dell'autore di reato e la qualificazione definitiva come vittima di quella che nel corso del procedimento di cognizione era considerata solo come persona offesa. In questa fase, pertanto, l'intervento di un terzo imparziale sembra non più ipotizzabile.

Se però pensiamo che la definizione di giustizia riparativa appena ricordata costituisce l'approdo di un cammino che comincia da lontano, fin dalla Raccomandazione (85) 11, adottata dal Comitato dei Ministri

del Consiglio d'Europa il 28 giugno 1985, che ha affrontato per la prima volta in termini generali il tema della posizione della vittima nell'ambito del diritto e della procedura penale, possiamo convincerci che la fase dell'esecuzione della pena non può considerarsi estranea alla suggestione comunitaria appena richiamata.

La Raccomandazione ha constatato la tendenza del sistema tradizionale della giustizia penale ad accrescere, più che a ridurre, la sofferenza della vittima, proprio in quanto incentrato sul solo rapporto a due tra Stato e autore del reato: la funzione fondamentale della giustizia penale, invece, «deve essere quella di soddisfare le esigenze e salvaguardare gli interessi della vittima, di cui è necessario tenere maggiormente in conto il danno fisico, psicologico, materiale e sociale subito».

Sul rilievo che ogni misura a tal fine, oltre a facilitare un'eventuale riconciliazione tra la vittima e l'autore del reato, non può che concorrere a realizzare le tradizionali funzioni del diritto e del processo penale, come ad esempio il rafforzamento delle norme sociali e del reinserimento degli autori di reato, il Comitato raccomanda ai governi degli Stati membri di rivedere le loro legislazioni e prassi valorizzando, fra l'altro, ogni serio sforzo riparativo in tutte le fasi, ed in tale quadro auspicando il più ampio ventaglio di soluzioni: riparazione come sanzione autonoma, sanzione sostitutiva della pena o misura con essa concorrente, ma anche condizione di grande importanza nelle decisioni di *probation*, esaminando a tal fine anche i possibili vantaggi dei meccanismi di mediazione conciliazione.

2. Il senso della giustizia riparativa in executivis: diffidenze, obiezioni, valori in gioco

È per questa via che la forte suggestione della giustizia riparativa, che possiede un'indiscutibile valenza etica e che sta alla base di questa nuova *Weltanschauung* del diritto penale (visione nuova, che mi auguro costituisca la rivoluzione copernicana dell'intero sistema penale, ma anche tanto antica, se è vero che i suoi cultori la dipingono come fenomeno giusfilosofico, presente a livello internazionale, che, sotto il profilo cronologico, precede e segue la giustizia penale modernamente in-

tesa, come dimostrato dalla circostanza che nella storia dell'umanità si sono sperimentate diverse modalità di soluzione informale dei conflitti di tipo conciliativo, come d'altronde auspicato anche in seno a grandi religioni quali il confucianesimo ed il buddismo)¹, non può che produrre i suoi effetti anche sul terreno dell'esecuzione della pena, sul quale ha ormai iniziato ad attecchire sia pure in forma artigianale, sperimentale e che può anche apparire rozza ai cultori della giustizia riparativa.

Bisogna anzitutto premettere che molti criticano la giustizia riparativa solo perché non la conoscono.

Mi piace qui ricordare il bilancio fatto dai docenti del corso di giustizia riparativa istituito presso l'Università degli Studi dell'Insubria, quando gli autori del testo appena citato parlano delle reazioni degli studenti:

notiamo negli studenti un cambiamento: essi sembrano guardare al diritto con occhi diversi; cominciano a dubitare che la moderna penalità possa esaurire la gamma delle risposte ai conflitti aventi rilevanza penale, ponendosi come modello unico e coercitivo, fondato sul carcere, nemesi della violenza che intende combattere. Persino il loro stile di interazione dialogica appare diverso: sembrano più capaci di ascolto, di rispetto, di empatia, di distinguere le persone dai fatti, senza operare indebite riduzioni delle une agli altri e rifiutando lo stereotipo secondo cui l'individuo corrisponde alla somma delle proprie azioni o, addirittura, a un singolo gesto criminale.

Invece è esperienza di ogni giorno che far passare il messaggio culturale veicolato della giustizia riparativa è operazione impegnativa e complessa: molte sono le chiusure aprioristiche, molti i pregiudizi, ed è sempre in agguato il sospetto che dietro la giustizia riparativa si mascheri un buonismo pericoloso.

Basti ricordare lo sconcerto collettivo creato, all'interno del corpo giudiziario, dall'iniziativa della Scuola Superiore della Magistratura, allorquando ad un incontro di studio sono stati invitati a Scandicci alcuni autori di gravi reati che hanno effettuato un percorso di giustizia riparativa con alcune vittime: il che ha portato all'annullamento dell'incontro dopo l'intervento degli stessi vertici della magistratura italiana.

¹ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, 21, nota 28.

Le voci critiche dei benpensanti trascurano infatti di considerare che tutto ruota attorno alla riconsiderazione della posizione della vittima rispetto alla commissione del reato ed al suo autore.

La costruzione classica del sistema penale si basa sul rapporto tra lo Stato, monopolista della forza, e l'autore del reato: ciò in forza del contratto sociale in virtù del quale, secondo la visione illuministica, il privato rinuncia a farsi giustizia da sé, delegando allo Stato il compito di punire.

Era fatale che per questa via la vittima fosse gradualmente emarginata dal processo penale: la vittima è stata disarmata per poter perseguire la pace tra i consociati attraverso una pena destinata a ristabilizzare l'ordine sociale vulnerato dal reato.

Bisogna, è vero, riconoscere questa importante conquista storica: la sottrazione del reo alla privata vendetta prima, e all'arbitrio del sovrano poi, e infine l'affermazione della rieducazione quale finalità della pena, rappresentano un millenario, grandioso ed irreversibile progresso di civiltà giuridica: va però osservato che la nostra sensibilità moderna ha ormai intuito che il sistema penale non appare più rispettoso della dignità della vittima, spesso non protetta, se non vittimizzata anche dal processo, nel quale essa diviene strumento, talvolta abusato, per l'accertamento del reato, e "parte processuale" ai fini della sola pretesa risarcitoria, sempre nei limiti della rara capienza patrimoniale dell'offensore e comunque all'esito di processi annosi, sui cui passaggi essa non è neppure informata.

Una vittima così vessata, che talora amplifica la propria voce tramite i mass media, dai quali è ancora una volta usata, e così ulteriormente vittimizzata, non può che esprimere rancorose istanze di spicci accertamenti e di pene esemplari, al pari della collettività, che con essa si identifica e che diviene oggetto di proiezioni algofobiche, e così orienta politiche penali che rischiano di minare proprio l'ulteriore evoluzione di quel grandioso processo di ripensamento sul significato della pena.

V'è di più: la vittima è sempre stata considerata come entità economica e nulla più, come un soggetto che, a causa del reato, ha perso qualcosa, come soggetto il cui patrimonio è stato scalfito dal reato.

Ed anche quello che va sotto il nome di danno morale è in fondo estraneo alla considerazione globale dell'intera personalità della persona offesa: questo è vero non foss'altro che per la circostanza che anche que-

sto tipo di danno è economicamente valutabile e si risolve nella corresponsione di una somma di denaro. Non a caso si parla di *pretium doloris*.

La vittima, cioè, non è una persona che abbia risentito nella sua psiche, nella sua vita, nel suo apparato emozionale, delle conseguenze negative del reato, ma è soltanto una persona che dal reato c'ha rimesso qualcosa.

Insomma: più il portafoglio che il resto.

Pensate al meccanismo estintivo del reato di insolvenza fraudolenta (art. 641, 2° comma c.p.): se concludo un contratto con te imbrogliandoti, pensando fin dall'inizio di non pagarti, è sufficiente che io ti paghi prima del processo o durante il processo perché il reato si dissolva come neve al sole.

Eppure esiste una serie di norme in ragione delle quali, usando un po' di fantasia, la considerazione delle ragioni della vittima già oggi può farsi spazio per ragioni diverse da quelle meramente economiche: pensiamo all'oblazione speciale di cui all'art. 162*bis* c.p., alla quale l'imputato può essere ammesso solo ove abbia eliso le conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte sua; alla sospensione condizionale della pena di cui all'ultimo comma dell'art. 163 c.p., subordinata all'intera riparazione del danno o all'essersi l'imputato spontaneamente ed efficacemente adoperato per elidere o attenuare le conseguenze del reato; o, ancora, alla sospensione condizionale della pena subordinata all'adempimento degli obblighi di cui all'art. 165 c.p.; pensiamo poi all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato di cui all'art. 168*bis* c.p., che prevedendo l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ben consente l'instaurazione di processi di giustizia riparativa (anzi: ciò è detto espressamente dalla seconda proposizione del 3° comma dell'art. 141*ter* disp. att. c.p.p.).

Altri pertugi normativi nei quali si può riconoscere una più viva attenzione alla vittima sono la liberazione condizionale, prevedendo l'ultimo comma dell'art. 176 c.p. che essa possa essere concessa solo subordinatamente all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato; la riabilitazione, anch'essa subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato; l'affidamento in prova al servizio sociale *ex art.* 47 o.p., stabilendo il 7° comma della norma che nel ver-

bale di affidamento debba stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato.

Da quasi trent'anni anche nel processo minorile è prevista la sospensione del processo con messa alla prova (art. 28 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), istituto che prevede che il giudice possa impartire prescrizioni dirette non solo a riparare le conseguenze del reato, ma anche «a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato».

Il decreto legislativo n. 212 del 15 dicembre 2015, che attua (si fa per dire) la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI), prevede poi che nel pacchetto delle informazioni da assicurare alla persona offesa dal reato vi sia anche quella relativa alla possibilità che «il procedimento sia definito, ove possibile, attraverso la mediazione».

La giustizia riparativa ha questa vocazione: quella di mettere al centro il torto arrecato, e di considerarlo come un fatto storico negativo dal quale fatalmente scaturisce una relazione tra vittima e colpevole.

Per fare questo, il presupposto indispensabile è dato dall'avvio del processo di riflessione sulle condotte antigiridiche poste in essere dal condannato, così come previsto dall'art. 27 d.P.R. n. 230/2000.

L'esperienza mi ha spesso portato ad incontrarmi con una larga parte di condannati che si protestano innocenti, e nei cui pensieri è totalmente assente la considerazione della vittima.

Anzi: le condizioni, spesso pietose, delle nostre carceri, fanno sì che il detenuto si senta egli stesso vittima di un trattamento ingiusto.

A sua volta la vittima del reato non è a conoscenza del percorso rieducativo del condannato, e dunque viene privata di quella parziale consolazione che indubbiamente le deriverebbe dall'apprendere che il condannato, finalmente divenuto consapevole del male commesso e dispiacendosene, si sta rieducando mettendosi nei panni della vittima, prendendo parte del suo dolore, tentando di risarcirla e ponendo in essere tutte quelle azioni positive atte ad elidere o ad attenuare il dolore provocato dal reato.

È a questo punto che il contatto, ove possibile, tra l'autore del reato e la sua vittima genera una relazione nel cui contesto la vittima, che si è vista accreditare le proprie ragioni, può perfino giungere a comprendere che lo stesso autore del delitto è divenuto alla fine egli stesso vittima del suo reato, sopportandone le conseguenze nella propria vita, nella libertà personale, nel portafoglio, nel tormento della propria coscienza.

La prospettiva è quella di guardare verso il futuro, valutando le ragioni di una ricucitura che passa attraverso il riconoscimento di quanto accaduto ed il tentativo di ascoltare, magari in silenzio, le ragioni dell'altro.

Mediazione penale e giustizia riparativa non vanno concepiti come strumenti che al giorno d'oggi possono valere ad evitare il carcere o a farlo durare di meno, ma vanno considerate come vere e proprie "categorie dello spirito", come punto di approdo di una vera e propria rivoluzione culturale capace di trasformare il concetto stesso di penalità per una larga serie di reati e di situazioni.

La giustizia riparativa in fase esecutiva è davvero un modo per garantire l'effettività della pena, laddove per effettività della pena si intende la necessità che la pena raggiunga davvero il suo effetto, che è quello rieducativo.

Ma perché questo avvenga è necessario ripensare il contenuto della pena, puntando alla necessità che l'autore del reato capisca appieno il disvalore della propria condotta, ne prenda le distanze non tanto per il timore della sanzione, quanto piuttosto per la condivisione del valore sotteso alla regola giuridica violata.

E per fare questo non c'è nulla di meglio che metterlo a contatto-confronto con la realtà della vittima e con le conseguenze che il reato le ha prodotto.

Se questo è possibile, non è più necessario rispondere al male con il male, non è più necessario il carcere se non quale *extrema ratio*.

Nel corso del convegno annuale che si tiene presso la Casa di reclusione di Padova, organizzato dalla redazione della rivista Ristretti Orizzonti il 20 maggio 2016, è stato mostrato un esempio pratico di percorso riparativo, durato diversi anni: al tavolo dei relatori c'erano un ex-terrorista, quello che ha consegnato le armi al cardinal Martini, una ex-terrorista dissociata, ed alcune vittime: la figlia di una terrorista, il mari-

to di una delle vittime della strage della Loggia, il figlio di un appartenente alle forze dell'ordine ucciso dal terrorismo.

Bene: la mia impressione è stata quella che le persone più felici, quelle col sorriso sulle labbra e con l'anima liberata dall'odio, fossero proprio le vittime: persone che hanno saputo, grazie ad un intelligente percorso di giustizia riparativa, liberarsi dal dolore che le opprimeva per aprirsi ad una nuova visione della vita.

Il vero bisogno della vittima non consiste in un'esigenza di corresponsività, anche se quest'ultima viene spesso espressa come bisogno di giustizia.

L'ottica della vendetta rischia infatti di vittimizzare una seconda volta chi abbia subito un reato, senza alcun effetto di pacificazione.

È famosa l'esperienza dei familiari delle vittime i quali negli Stati Uniti scelgono di assistere all'esecuzione di una condanna capitale.

Queste persone non tornano a casa pacificate.

Anzi: la pena di morte le rende ancor più soggiogate al crimine patito, perché lascia percepire loro che il medesimo non solo le ha fatte soffrire, ma le ha rese in certo modo peggiori, rendendole capaci di volere il male di un altro individuo.

È la stessa esperienza del padre di uno dei bambini uccisi e seviziati dal mostro di Foligno.

Luciano Paolucci racconta di come il reato stesse per chiuderlo in un rancore ormai insensibile alla solidarietà, dal quale egli ha saputo liberarsi solo quando ha scelto di rendersi artefice di percorsi intesi ad accostare ragazzi con problemi psicologici analoghi a quelli dell'assassino di suo figlio².

Se ed in che misura questa nuova idea della gestione della penalità stia per avere ingresso nel panorama della giurisprudenza rieducativa, è ancora presto per dirlo.

Abbiamo da eseguire pene detentive e questo è già un primo grande condizionamento.

Ma se partiamo dall'idea che nessuna giustizia potrà mai cancellare il male che è stato commesso, che *quod factum infectum fieri nequit*, e

² V. L. EUSEBI, *Giustizia umana e misericordia: un incontro possibile?*, in *Orientamenti pastorali*, 1-2, 2016, 60.

che l'unico compito della giustizia può essere quello di ricostruire qualcosa, cioè di giustificare, le cose potranno cambiare.

Giustificare non inteso nel senso corrente del legittimare, o del coprire una trasgressione, quanto piuttosto nel senso del tornare a rendere giusti, per quanto possibile, rapporti che non lo sono stati.

3. I primi esperimenti

Ma veniamo ai rozzi tentativi fin qui compiuti di veicolare questa nuova concezione sul terreno dell'esecuzione della pena: tentativi che - me ne rendo conto - spesso hanno fatto indispettire i cultori della giustizia riparativa, ma ai quali non si può non riconoscere un impegno simile a quello di una persona stonata che inizia ad apprezzare la bellezza di una musica prima mai percepita.

Quanto all'origine e alla sorte della prescrizione riparativa di cui al 7° comma dell'art. 47 o.p., ed ammesso e non concesso che la norma c'entri qualcosa con ciò di cui ci stiamo occupando oggi, la storia è abbastanza interessante: il testo originario dell'ordinamento penitenziario scriveva che nel verbale di affidamento "può" stabilirsi che l'affidato si adoperi...; la legge Gozzini ha invece stabilito che nel verbale "deve anche stabilirsi...".

Di lì a poco, sensibilizzati da qualche collega a valorizzare questa norma quasi dimenticata, i magistrati di sorveglianza si sono mossi, facendo peraltro registrare prassi applicative completamente diverse.

A Genova addirittura si è assistito alla monetizzazione della prescrizione riparatoria, imponendo all'affidato o meglio all'affidando di versare una somma prestabilita per ciascun mese di affidamento.

A Torino si è pensato ad una prestazione patrimoniale positiva, imponendo ad esempio ad alcuni dirigenti sanitari condannati per corruzione di acquistare delle attrezzature ospedaliere.

A Venezia si cominciava con l'imporre al riabilitando da un delitto in materia di droga un versamento in denaro a favore della Regione Veneto, così risarcendola delle risorse economiche impiegate per la cura dei tossicodipendenti.

I tentativi, più o meno ingenui e pionieristici, cui ho assistito nella mia esperienza di magistrato di sorveglianza sono stati sempre piuttosto interessanti.

Il rapinatore seriale di banche e di uffici postali è stato invitato a riflettere, più che sul danno economico creato alle banche e alle poste, sulla paura causata alle vittime e sulla opportunità di spedire delle lettere agli impiegati: sono interessanti alcune lettere di risposta.

Ai condannati per omicidio è stato fatto riflettere sul valore della vita e sulla opportunità di riparare in qualche modo il danno mediante la pratica delle adozioni a distanza.

Al condannato per reati ambientali, che in udienza dimostrava la sua completa ignoranza circa la normativa in materia, è stata suggerita imposta la lettura di testi giuridici, e la declaratoria di estinzione della pena subordinata al possesso delle nozioni minime indispensabili per gestire un'azienda che produce rifiuti.

Al marocchino che gira in treno senza biglietto, che offende e picchia l'addetta al controllo dei biglietti, come attività riparatoria è stato proposto di accompagnare la sua vittima nel corso della sua attività di controllo dei biglietti non acquistati o non timbrati dagli amici del condannato che ogni giorno percorrono la tratta ferroviaria Padova-Mestre senza pagare il biglietto.

Il corruttore, cioè l'autore di un reato contro la pubblica amministrazione, ci chiede l'affidamento: il Tribunale di Sorveglianza di Venezia glielo concede, ma io gli prospetto in udienza, come attività riparativa, lo svolgimento di attività di volontariato presso l'Ufficio di Sorveglianza, così facendo qualcosa di gratuito a favore della pubblica amministrazione.

La mia proposta mette ovviamente in subbuglio la cancelleria, che mi dà del matto e mi mette il muso per qualche giorno.

Vi posso solo dire che, terminato il periodo di affidamento di un anno e mezzo, nel corso del quale il corruttore, che si era pentito, che aveva risarcito, e che aveva aiutato a riordinare gli archivi, messo timbri, fatto fax, risposto al telefono e fatto mille fotocopie, il condannato è divenuto addirittura amico di alcuni cancellieri.

Terminato il periodo di affidamento esiste ancora qualche autore di reati contro la pubblica amministrazione che continua a venire nei nostri uffici a darci una mano.

L'esame della giurisprudenza della Cassazione dà il segno di quale sia il variegato panorama della giurisprudenza dei Tribunali di Sorveglianza.

Quanto alle valutazioni da farsi all'atto della concessione, alcune pronunce subordinano la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale all'adempimento dell'obbligo di provvedere al risarcimento del danno in favore della vittima del reato: e ciò senza commisurare lo stesso alle concrete condizioni economiche del reo e prevedendo un'automatica revoca della misura alternativa in caso di mancato assolvimento della prescrizione (Cass. sez. 5, n. 7476 del 21.01.2014, Rv. 258884, annulla con rinvio, cassando l'ordinanza con cui il Tribunale aveva fissato l'entità dell'obbligazione risarcitoria facendo riferimento ad una somma sostanzialmente corrispondente all'offerta fatta alla persona offesa dal condannato, senza però compiere ulteriori accertamenti sulla capacità economica di quest'ultimo).

La mancata riparazione del danno causato dal reato non può, di per sé, giustificare il diniego dell'affidamento in prova, atteso che la riparazione del danno rientra tra le prescrizioni applicabili al soggetto nei confronti del quale l'affidamento sia stato disposto (Cass. pen. sez. 1, n. 23047 del 19.05.2009, Rv. 244070).

4. La giustizia riparativa nella prospettiva cattolica

L'idea vincente, secondo me destinata a mutare il volto dell'intero sistema penale, salvi ben s'intende i casi di *extrema ratio*, è quella riparativa, che è basata sul presupposto di un'asimmetria necessaria che deve esistere tra il delitto e la pena: se, come dice il Papa, non si pone rimedio ad un occhio o a un dente rotto rompendone un altro, si tratta di far di tutto *per rendere giustizia alla vittima, e non di giustiziare l'aggressore*.

La riparazione non si può identificare solo con il castigo, confondendo la giustizia con la vendetta. In quante occasioni, ha ribadito il Papa, si è visto il reo espiare la sua pena oggettivamente, scontando la

condanna senza però cambiare interiormente né ristabilirsi dalle ferite del cuore.

Si tratta di un punto di non ritorno, dal quale cioè non si può più tornare indietro.

In fondo, quello che il cardinal Martini aveva pensato della pena è stato ripreso da Papa Francesco e corrisponde esattamente ai percorsi da tempo sognati da chi in Italia ha avuto il coraggio di proporre il tema della giustizia riparativa.

Nel suo breve saggio sulla giustizia³ ha definito i quattro momenti dinamici della pena nella concezione divina:

- 1) nella colpa c'è già la pena. I peccatori della Bibbia prendono gradualmente coscienza che, commettendo una certa mancanza, si sono autocondannati a vivere al di fuori della famiglia di Dio, a vivere da stranieri. Nella colpa è insita una sconfitta, un fallimento, e dunque sofferenza ed umiliazione;
- 2) la colpa trasforma la pena in responsabilità. Chi ha sbagliato dovrà assumersi, come pena, responsabilità più gravi e onerose per riguadagnarsi la vita: faticare alla ricerca del pane, adattarsi alla vita di servo, ecc.;
- 3) la pena non cancella la dignità dell'uomo, non lo priva dei suoi diritti fondamentali (rispetto, nutrimento, istruzione, famiglia, libertà, solidarietà). Nessuno viene sradicato per essere rinchiuso in un luogo ir-reale e snaturato (come può a certi effetti essere considerato il nostro carcere moderno). Avendo però negato la paternità di Dio e infranto i rapporti pacifici con il prossimo e con se stesso, il colpevole dovrà percorrere un duro cammino di ritorno verso la felice realtà di partenza, il recupero della propria dignità, il rientro nella comunità. Tale cammino di conversione è la vera e unica pena richiesta da Dio per ridonare ai peccatori la remissione della colpa;
- 4) Dio non fissa il colpevole nella colpa identificandolo in essa.

L'unico e vero giudice dell'uomo è Dio, che trasmette a tutti i colpevoli anche la speranza in un futuro migliore, mira alla riabilitazione completa, chiede loro di non ripetere il passato errore e di risarcire il male compiuto con gesti positivi di giustizia e di bontà.

³ C.M. MARTINI, *Sulla giustizia*, Milano, 1999.

GIUSTIZIA RIPARATIVA ED ESECUZIONE DELLA PENA

IL PUNTO DI VISTA DELL'U.E.P.E.

Salvatore Piromalli

Vorrei prendere spunto da alcune indicazioni generali contenute nel *Documento finale degli Stati generali dell'Esecuzione Penale, Parte sesta*, dedicata alla Giustizia riparativa, per proporvi una breve riflessione sull'esperienza degli operatori sociali degli U.e.p.e. Infatti, se dovessimo attenerci rigorosamente a queste indicazioni generali, emergerebbe da subito che l'attività degli U.e.p.e. si colloca in una zona di confine indecisa, ambivalente, un territorio di scambio, di frontiera non immediatamente riconducibile alle teorie e alle pratiche che identificano la giustizia riparativa nella sua essenza.

Nel documento citato viene richiamata in più punti l'esigenza di una maggiore chiarezza terminologica, anzi di un'«estrema cautela nominalistica» quando si parla di giustizia riparativa, e possiamo leggere queste parole:

non sono da indicare/qualificare come strumenti di giustizia riparativa i LPU, il lavoro penitenziario gratuito all'esterno, le prescrizioni di volontariato sociale, perché si tratta di attività prescritte o imposte dal magistrato, che si inscrivono pur sempre in un'ottica retributiva o di coercizione. Sono, viceversa, espressioni di giustizia riparativa le azioni e i percorsi che il reo svolge volontariamente, avendo egli contribuito in modo attivo e dialogico a definire il proprio impegno e avendo avuto qualche forma di incontro con le persone offese.

Le caratteristiche che connotano in maniera *essenziale* le azioni di giustizia riparativa sono dunque (si legge in quel documento ma anche in altri testi sull'argomento) la volontarietà, la consensualità (un consenso spontaneo e sempre revocabile), la partecipazione attiva, l'autore-

sponsabilizzazione del reo. Ogni azione riparativa deve dunque scaturire in maniera volontaria e libera, consapevole e autonoma, non in maniera eterodiretta: il centro di maturazione di queste decisioni è il soggetto autore di reato, non altre istanze autoritative collocate altrove e dotate di poteri di imposizione esterni al soggetto.

Pur concordando tendenzialmente con questi orientamenti di fondo, se dovessimo assumerli come assolutamente vincolanti, dovremmo riconoscere che l'attività degli U.e.p.e. non sta interamente all'interno di questa logica di autonomia e di autodeterminazione. Sta su quella linea di frontiera che prima richiama, un territorio intermedio tra obbligo e scelta, tra prescrizione e consenso.

In tutte le situazioni in cui la logica riparativa viene evocata, richiamata, concretizzata nell'esecuzione penale per adulti e nella MAP, infatti, si tratta sempre di situazioni-limite, contaminate e impure, talvolta apertamente contraddittorie, che richiedono agli operatori sociali un equilibrismo professionale molto delicato e molto faticoso. Vediamo i casi più importanti.

1. Affidamento in prova, *comma 7 dell'art. 47 O.P.*: si parla di “adope-
rarsi in favore della vittima del reato”, o di forme di riparazione
simbolica, come l’“attività gratuita in favore della collettività”.
2. Nei programmi di trattamento per la messa alla prova, figurano atti-
vità come i LPU nel corso della MAP, o altre attività socialmente
utili...

In tutti questi casi (con le dovute differenze qualitative tra affida-
mento in prova e MAP), si tratta pur sempre di attività riparative pre-
scritte dal Tribunale Sorveglianza o dal Giudice del Tribunale ordina-
rio, e dunque difficilmente compatibili con la giustizia riparativa nella
sua accezione pura. Persino nei casi in cui si richiama genericamente
l'attività di “volontariato”, è sempre un ossimoro ciò a cui si fa implici-
tamente riferimento: il volontariato è infatti “obbligatorio”, previsto al-
l'interno di un piano prescrittivo, una vera e propria ingiunzione para-
dossale.

Forse è il destino degli operatori sociali della giustizia, la loro co-
scienza infelice, che li tiene sempre lungo il crinale di una contraddi-
zione, di una apertura problematica mai del tutto richiudibile. Forse,
questa collocazione di confine tra logica retributiva e logica riparativa

dice qualcosa di più generale, che riguarda la giustizia nel suo complesso (o forse la realtà nel suo complesso): cioè che le cose non sono mai pure, che c'è sempre una qualche forma di impurità e di contaminazione positiva, e rimuovere o eludere questo fatto significa non fare i conti con la complessità del reale.

Quello che gli operatori sociali degli U.e.p.e. cercano di fare con fatica (e su cui dovremmo esercitare di più il nostro pensiero e non solo la nostra quotidiana abilità professionale), è un'operazione estremamente delicata: innestare, sul tronco antico e duro della pena retributiva, la pianta ancora fragile della riparazione e della mediazione. Un innesto difficile, poiché si tratta di smuovere la tradizionale inospitalità della pena ad altre logiche e istanze.

Va dato atto che gli U.e.p.e., oggi, hanno assunto questo impegno difficile come un loro compito importante a cui dedicare energie e investimento professionale, nonostante la situazione di grande difficoltà in cui operano, *in primis* per carenza di personale di servizio sociale. L'orientamento è quello di insistere sul livello di consapevolezza e di responsabilizzazione delle persone, utilizzando tutte quelle risorse della relazione professionale che possono favorire una torsione, una rotazione positiva, finalizzata a trasformare il vincolo in risorsa; a fare della prescrizione esterna una cornice, un elemento di realtà a cui dare contenuti inediti e personali; a traghettare l'obbligo iniziale esterno, imposto dal magistrato/giudice, verso un'esperienza finale che possa restituire alla persona un minimo di senso.

Ogni volta che l'elemento prescrittivo impatta con la non-scelta delle persone, non resta altro che tendere (riuscendoci solo parzialmente e non sempre) a restituire un po' di senso all'esperienza che le persone portano avanti. Qualche volta questa torsione riesce, e alla fine qualcuno dice: «questa esperienza obbligatoria mi ha fatto conoscere qualcosa di me e degli altri, continuerò a fare questa attività socialmente utile come volontario, un volontariato scelto, finalmente». In questi casi, la volontarietà, la libera scelta arriva, paradossalmente, alla fine di un processo, non è un dato di partenza. Una riparazione che giunge alla fine, ma forse non in ritardo...

Quello che è certo è che il “cambiamento di sguardo” auspicato dal documento che ho citato prima (*superare la logica del castigo e delle*

tradizionali risposte sanzionatorie), incontra ancora molte resistenze, soprattutto da parte di molti operatori del diritto e della giustizia, che guardano ancora ai valori della giustizia riparativa con qualche sospetto, con un atteggiamento di scetticismo e di sussiego. C'è da lavorare molto in questa direzione...

Sul piano pratico, indico almeno due segnali di questa resistenza.

Spesso le attività impropriamente riparative dell'affidamento vengono irrigidite in una logica prescrittiva che esalta l'obbligatorietà, il dover-fare come fosse una pena supplementare, configurando persino la possibilità che la non ottemperanza possa pregiudicare l'esito stesso della misura.

Per la MAP, invece, la resistenza che riscontriamo (nonostante la risorsa preziosa che abbiamo qui a Trento, il Centro di Giustizia Riparativa pubblico), riguarda la mediazione penale: ai nostri tentativi di far maturare liberamente all'imputato la scelta di percorrere questa strada nei confronti della parte offesa, e poi di introdurre questa opzione nel programma di trattamento, non corrisponde da parte dei giudici l'assunzione convinta di questa azione come parte integrante e volontaria del programma: nelle ordinanze questa intenzione dell'imputato è spesso ignorata...

Le contraddizioni che ho segnalato sono solo alcuni esempi di quanto ancora ci sia da pensare e da fare, affinché l'ottica riparativa attecchisca anche nel settore dell'esecuzione penale per gli adulti. Qui potrebbe valere la metafora che la giustizia riparativa non è come «un cielo di stelle fisse, ma [come] l'immagine di un universo mobile, in continua espansione»¹.

Dunque, nel movimento ci sono possibilità e speranze...

¹ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.

GIUSTIZIA RIPARATIVA: RESPONSABILITÀ, PARTECIPAZIONE, RIPARAZIONE

RELAZIONE DI SINTESI

Grazia Mannozi

Per formulare alcune osservazioni conclusive rispetto a questo convegno di straordinaria ricchezza partirei dall'immagine, particolarmente evocativa, scelta come logo del convegno stesso. Un arco di pietre, quasi un ponte, si riflette sulla superficie dell'acqua, creando l'apparenza di un cerchio.



L'immagine possiede una forza comunicativa non comune, almeno nella prospettiva tematica della giustizia riparativa. L'acqua rimanda all'idea della vita; allo stesso tempo, rispetto all'arco, è base instabile, e richiama la *fragilità* e la *vulnerabilità* umane.

La legge fisica che tiene insieme le pietre ci pone di fronte all'evidenza che esse si sostengono solo perché sapientemente accostate l'una all'altra: emerge così la forza e la centralità dell'essere in *relazione*.

Dato fondamentale, quello della relazione, anche per la giustizia, la quale si pone (e ci interroga costantemente) proprio nella sua dimensione di *bene relazionale*. L'essere *insieme* in un tessuto relazionale implica, a sua volta, il riconoscimento del valore della *comunità*. Quest'ultima ha avuto un ruolo fondante rispetto alla nascita della *restorative justice*: al contempo giustizia di relazione¹ (*relational justice*) e di prossimità (*neighbourhood justice*), la giustizia riparativa «abita» la comunità, ne chiede il supporto nell'ambito dei percorsi di giustizia riparativa, ma può farne anche il destinatario di politiche di riparazione.

L'*integrata coesione* evocata dall'arco di pietre si dà nel momento in cui tutto è tenuto insieme dalla consapevolezza dell'enorme risorsa che è il legame interindividuale e sociale: un legame da curare, da riallacciare, da ricucire, qualora appaia lacerato da un conflitto o dilaniato dall'irrompere della violenza.

La possibilità di una integrata coesione ha anche una dimensione valoriale e si pone quale fondamento irrinunciabile della convivenza pacifica. Nessun valore può realizzarsi se gli altri valori non operano: così, non può esserci giustizia se questa è solo per il reo e dimentica la vittima o, viceversa, se si concede uno strapotere alla vittima, dimentichi della dignità e dell'umanità del reo.

Vengo ora al cerchio, metafora della matrice antropologica ancestrale riconoscibile nei metodi della giustizia riparativa, i quali si declinano a partire da quel *restorative dialogue* in cui la disposizione circolare dei partecipanti promuove una modalità di confrontarsi, di ascoltarsi e di parlarsi autenticamente democratica².

¹ G. BURNSIDE, N. BAKER (a cura di), *Relational Justice: Repairing the Breach*, Winchester, 1994.

² B.E. RAYE, A. WARNER ROBERTS, *Restorative Processes*, in G.J. JOHNSTONE, D.W. VAN NESS, *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, 2007, 219-223.

Di per se stesso evocativo è anche il semicerchio riflesso, immagine vivida di una realtà virtuale sotto la superficie dell'acqua: rinvia a ciò che non è immediatamente visibile, alla dimensione delle emozioni, dell'empatia, del silenzio e dell'ascolto, ingredienti essenziali dei percorsi di giustizia riparativa e della mediazione, in particolare.

Nella complessa dinamica delle emozioni «scongelate» dalla mediazione e nella sofferta condivisione della memoria dell'illecito perpetrato e di quella dell'illecito subito c'è tutto lo spessore della «giustizia che cura»³: di quella «heilende Gerechtigkeit»⁴, di cui hanno parlato, forse per primi, due autorevoli biblisti tedeschi, e che intende riparare l'offesa, il torto, la solitudine, l'umiliazione, le ferite dell'anima, non necessariamente visibili anche nel corpo.

In questa giustizia «che cura», che si fa *luogo per la parola*, «spazio protetto di ascolto» – come viene definita la mediazione umanistica⁵ – la vittima può cercare le risposte a quelle domande non consentite nel processo⁶, dove l'interesse è per le sole questioni di fatto funzionali all'accertamento della colpevolezza dell'imputato. Nella mediazione si schiude, invece, la possibilità di un racconto identitario, quello che fa sentire le vittime riconosciute, che conferisce loro *empowerment*, da intendersi come rinnovata capacità di autodeterminarsi con fiducia a partire dalla vittimizzazione subita, e fa percepire una rinnovata capacità di resilienza⁷. A queste condizioni, le vittime possono persino speri-

³ L'espressione «giustizia che cura» è adottata quale proposta definitoria della *restorative justice* da D.W. VAN NESS, K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, Cincinnati, 1997, 32.

⁴ H.H. SCHREY, H.H. WALZ, *Gerechtigkeit in Biblischer Sicht*, Zurigo, 1955, trad. ingl. *The Biblical Doctrine of Justice and Law*, London, 1955 (adattamento dal tedesco in inglese di W.A. Whitehouse), 183.

⁵ Imprescindibile il rinvio a J. MORINEAU, *L'esprit de la Médiation*, Toulouse, 1998, trad. it. *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2003.

⁶ S. MILLER, *After the Crime: The Power of Restorative Justice Dialogues between Victims and Violent Offenders*, New York, 2011, 159-168.

⁷ Cfr. J. BOLITHO, *Putting justice needs first: a case study of best practice in restorative justice*, in *Restorative Justice. An International Journal*, 3(2), 2015, 268.

mentare la «closure»⁸: l'essere capaci di voltare pagina, di sentirsi più sicure, di chiudere i conti con il passato senza che venga saldato, insieme al debito con la giustizia, anche il debito con la memoria del male.

Narrazione, ascolto, gestione dei sentimenti di vergogna, riconoscimento della propria responsabilità, offerta di scuse, di gesti e parole che riparano la dignità sono le dinamiche fondamentali della giustizia riparativa, veicolate da un solo strumento: il linguaggio.

Le parole sono fondamentali, decisive nel bene come nel male. Ci sono parole che creano fratture insanabili, che aprono o esasperano conflitti, che dividono, logorano, avviliscono, fomentano l'odio o il disprezzo; ma ci sono anche parole capaci di frantumare il rancore, di sciogliere la pietrificazione emozionale, di elaborare la memoria, di curare del dolore, di spegnere la violenza, di dar valore a ciò che è insuscettibile di quantificazione economica. Le parole della mediazione lavorano su ciò che, secondo l'assunto kantiano, non ha un *prezzo* bensì una *dignità* e promuovono riparazione simbolica prima ancora che materiale.

La differenza che intercorre tra il linguaggio della giustizia riparativa e quello del diritto penale è intuibile anche da chi non conosce la pratica della mediazione.

Le parole del diritto penale hanno la *vis* coercitiva del diritto pubblico: sono performativi della violenza. La parola giuridica semplifica, ascrive, giudica, assolve, condanna, conferisce un prezzo, fa sconti di pena, separa, regola, prescrive, ordina, conclude, prevale su ogni altra parola. Le parole della giustizia riparativa narrano, ricordano, esprimono emozioni, vogliono comprendere, cercano di schiudere fessure di speranza e provano ad aprire possibilità insperate. Non vengono dette per coprirne altre o affinché non se ne odano altre; danno valore al silenzio – spazio di risonanza emozionale della voce e delle parole che distillano l'indicibile o prorompono cariche di sofferenza, di rancore o di rimorso – e lasciano spazio anche al linguaggio mite e silenzioso delle lacrime⁹.

⁸ Sulla *closure* v. le considerazioni contenute nell'*Handbook on Restorative Justice programmes* delle Nazioni Unite *Criminal Justice Handbook Series*, New York, 2006, 9.

⁹ E. BORGNA, *Le parole che ci salvano*, Torino, 2017.

Se la parola giuridica ha la forza del tuono, quella della giustizia riparativa è paragonabile alla «voce di silenzio sottile»¹⁰, è parola di verità individuale che rivela la portata del conflitto, spesso punta di un *iceberg* di «complessi processi cognitivi, affettivi, motivazionali e identitari profondi»¹¹. Lo *storytelling*¹² reso possibile dalla mediazione è infatti luogo del racconto identitario delle vittime e degli autori di reato; lavora sulla *fiducia*¹³, non necessariamente sulla riconciliazione, men che mai sul perdono. Attraverso la mediazione, in sintesi, è possibile elaborare il conflitto in un punto molto vicino alla sua radice¹⁴.

Da tutti gli interventi dipanati nel corso di questo convegno è emerso come la giustizia riparativa viva *nella* complessità e *della* complessità, dimensione a sua volta visibile nei formanti, nel lessico, nella rete normativa multilivello che sostiene la *restorative justice*, nei metodi, in progressivo affinamento, negli esiti, mai scontati, nella diversità dei diritti nazionali¹⁵, negli studi sull'effettività, nella valutazione dei risultati.

La comunità scientifica è chiamata a «governare» la complessità, perché la teoria possa ri-orientare la prassi¹⁶, quella prassi vitale che è stato *humus*, terra buona e scura, per far nascere le prime esperienze di mediazione.

¹⁰ L'espressione compare nella teofania di Elia (1 Re 19,1-18).

¹¹ Z. WINSTOK, *Conflict escalation to violence and escalation of violent conflicts*, in *Children and Youth Services Review*, 30, 2008, 297-310.

¹² «The restorative justice process itself is essentially a storytelling process», così B.J. REDFERN, *Hope and Reconciliation with Grief*, in J.P.J. DUSSICH, J. SCHELLENBERG, *The Promise of Restorative Justice*, Boulder, 2010, 232 s.

¹³ Sia consentito il rinvio G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Torino, 2017, 189-209.

¹⁴ W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin, 2009, trad. it. *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, 230.

¹⁵ Imprescindibile il rinvio a F. DÜNKEL, J. GRZYWA, HOLTEN, P. HORSFIELD (a cura di), *Restorative justice and mediation in penal matters: a stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Mönchengladbach, 2015.

¹⁶ L. WALGRAVE, *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Journal of Law & Policy*, (36) 2011, 97 s.

Alla luce della ricchezza del dibattito scientifico e della realtà operativa della giustizia riparativa, qualitativamente significativa ancorché numericamente contenuta nella casistica, mi limito a un quadro di sintesi e a poche indicazioni di metodo, che possono beneficiare di micropolitiche di intervento, o richiedere, laddove necessario, riforme strutturali.

Partendo dalla realtà attuale della giustizia riparativa va detto che:

- a) esiste una buona cornice sovranazionale atta a promuovere il ricorso alla giustizia riparativa. La Direttiva 2012/29/UE ma anche le numerose raccomandazioni e gli atti di *soft law* danno indicazioni importanti, ragionevoli, praticabili;
- b) esiste una letteratura internazionale ampia, qualitativamente elevata, che continua ad approfondire la teoria, a studiare le prassi, a monitorare i risultati della giustizia riparativa e ad esplorarne nuovi campi applicativi¹⁷;
- c) esistono metodi consolidati, molti dei quali hanno dato ottimi risultati: tra questi, la mediazione umanistica, il *family group conferencing*, il dialogo riparativo, i *victim empathy groups*.

Se molto è stato fatto per avviare e consolidare il cammino della giustizia riparativa, altrettanto e forse ancor di più, tuttavia, è ancora da fare.

Con riferimento all'Italia, si possono individuare le seguenti linee di intervento:

- a) dare pieno adempimento alla Direttiva 2012/29/UE anche sotto il profilo di un rafforzamento della tutela delle vittime e migliorare la legislazione esistente laddove essa si limita semplicemente a consentire percorsi di giustizia riparativa;
- b) favorire un approccio alla giustizia riparativa di tipo generalista, il che significa permettere la possibilità di accedere ai percorsi di *restorative justice a tutte le vittime di reato e in ogni stato e grado del procedimento*;

¹⁷ Per una panoramica sulla letteratura in materia sia consentito il rinvio a G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa* (voce), in *Annali Enc. Dir.*, Milano, 2017.

- c) finanziare l'implementazione di una rete capillare di strutture per consentire la praticabilità concreta della mediazione: è infatti indispensabile creare le condizioni minime per *fare* giustizia riparativa;
- d) fissare standards elevati per la formazione dei mediatori penali;
- e) promuovere la formazione alla giustizia riparativa, come richiesto dalla Direttiva 2012/29/UE, per garantire che coloro che entrino in contatto con le vittime siano capaci di un trattamento «rispettoso, sensibile, professionale e non discriminatorio»¹⁸;
- f) avviare un monitoraggio su base nazionale delle prassi di giustizia riparativa e mediazione in modo che si stabilisca una circolarità tra teoria, ricerca empirica e prassi;
- g) avviare la sensibilizzazione alla giustizia riparativa a livello scolastico, e promuovere la formazione dei docenti affinché superino la dimensione punitiva dei comportamenti indesiderati e lavorino sulla riparazione e la riaccoglienza¹⁹. Questo favorirebbe altresì la creazione anticipata di una *disposizione* alla giustizia riparativa su cui radicare la cultura sociale della riparazione;
- h) affinare il linguaggio attraverso un cambio di «lenti» che consenta di passare dall'*orizzonte della colpa* – riassumibile nella domanda «chi è stato?», che ci si pone nell'immediatezza della realizzazione di un illecito – a quello della *responsabilità*, che si attiva attraverso domande diverse, come ad esempio «cosa è successo?» oppure «chi ha sofferto?».

Il cammino della giustizia riparativa è ancora lungo. Eppure i tempi sembrano maturi per avviare un percorso importante, solido, potenzialmente efficace.

C'è un tempo per ogni cosa, si legge nel libro di Qoèlet: «un tempo per gettare sassi e un tempo per raccogliarli»²⁰. Torniamo così alla metafora iniziale dell'arco di pietre: e possiamo pensare che con i sassi raccolti si possa costruire un ponte. Un ponte tra autore e vittima, tra singolo e comunità, tra parola e ascolto, tra memoria e dignità, tra riconoscimento e fiducia, tra colpa e responsabilità, tra diritto e giustizia.

¹⁸ Direttiva 2012/29/UE, Considerando 61.

¹⁹ Tra i molti, B. HOPKINS, *Just schools. A whole School Approach to Restorative Justice*, London-Philadelphia, 2014.

²⁰ Qoèlet (o Ecclesiaste) 3,1-11.

Per quest'ultimo obiettivo, occorre coltivare la prospettiva della complementarità tra sistema penale e giustizia riparativa, da attuarsi nell'orizzonte ultimo dei diritti umani e perciò, in definitiva, della centralità della *persona*. Impossibile non pensare a quell'orizzonte culturale e valoriale di cui l'Umanesimo italiano è stato fondatore e di cui tutti, ora, siamo chiamati ad essere custodi²¹.

²¹ M.E. CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1789-1814.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)

34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)

35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)

37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)

38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)

39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)

40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)

