

Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale

(Contributo pubblicato in De Francesco-Venafro, *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 117-140)

Prof. Grazia Mannozi *

* *Professore associato di Diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza di Como - Università dell'Insubria*

SOMMARIO

1. Mediazione: le varianti semantiche.
 2. 'Dal lontano e dal profondo': ipotesi sulla matrice antropologico-giuridica della mediazione.
 3. Profili contenutistici e strutturali della mediazione penale.
 4. La collocazione del paradigma mediatorio nel sistema giuridico: la mediazione come territorio di frontiera.
 5. Le soluzioni italiane al problema della collocazione funzionale e strutturale della mediazione.
 - 5.1. La mediazione nell'ambito della giustizia minorile.
 - 5.2. Mediazione e riparazione nella giustizia amministrata dal giudice di pace.
 6. La mediazione penale tra aspirazioni deflattive e 'net widening effect'.
- Tabella 1. : incidenza dei reati perseguibili a querela sulla massa complessiva dei reati denunciati nel 1998
- Figura 1: rapporto (in percentuale) tra i reati perseguibili a querela di competenza del giudice di pace e la totalità dei reati denunciati, relativi all'anno 1998.

1. Mediazione: le varianti semantiche.

Parlare di mediazione richiede una precisazione terminologica essenziale, che vale da 'ambientamento' del discorso. Il termine 'mediazione' non possiede un significato univoco; si possono infatti enucleare almeno tre concetti diversi di mediazione:

- (a) mediazione come tecnica di intervento sociale volta a risolvere conflitti tra individui o gruppi ([1]);
- (b) mediazione come intervento di situazione, cioè come “tecnica finalizzata ad affrontare situazioni [che è dire] vicende delimitate nel tempo e nello spazio tramite azioni atte a rispondere a richieste circoscritte” ([2]);
- (c) mediazione come modalità di soluzione alternativa delle controversie definite dal diritto. Sotto quest'ultimo profilo, il termine mediazione si stempera in numerose

varianti semantiche, alcune delle quali costituiscono veri e propri indicatori degli altrettanto numerosi ambiti di operatività della mediazione stessa: mediazione familiare, scolastica, culturale, penale. Si parla anche di ‘riparazione’, ‘riconciliazione’, ‘reintegrazione’, sia come percorsi interni alla mediazione, sia come prodotto finale di questa. In un area semantico-concettuale contigua si pone poi la locuzione ADR (Alternative Dispute Resolution): dal punto di vista lessicale, l’ADR è un contenitore generalissimo, utilizzato per indicare tutte le modalità di soluzione delle controversie gestite al di fuori delle corti di giustizia.

Nel contesto giuridico-penale, la mediazione – sia essa finalizzata alla riparazione del danno, alla riconciliazione tra autore e vittima, alla realizzazione di condotte aventi efficacia estintiva del reato o, ancora, al compimento di un percorso riconciliativo valutabile nel procedimento di sorveglianza ([3]) – emerge nella sua funzione di strumento di soluzione dei conflitti a cui si può ricorrere prima o nel corso o addirittura successivamente alla vicenda processuale.

Si tratta ora di verificare da che matrice culturale proviene il discorso sulla mediazione e cercare di capire secondo quali modelli la mediazione sia filtrata nella nostra cultura giuridica e quali soluzioni normative possa efficacemente veicolare.

2. ‘Dal lontano e dal profondo’: ipotesi sulla matrice antropologico-giuridica della mediazione

Il discorso sulla mediazione, che attraversa ormai da vent’anni il dibattito giuridico-criminologico in molti paesi di common law e di civil law, tende ad apparire come un prodotto di matrice culturale nordamericana. Sembra cioè che l’idealtipo “mediazione” – come strumento cardine della giustizia riparativa – ‘circoli’, o meglio sia esportabile ([4]), in virtù del prestigio scientifico-culturale che esso gode nei paesi di common law.

Ma alle origini della mediazione-riparazione si pone un percorso culturale, prima ancora che giuridico, alquanto complesso e caratterizzato da inputs che provengono da mondi e civiltà giuridiche fortemente differenziate. A questa complessità di origini ([5]), divenuta successivamente patrimonio culturale ‘comune’, si aggiungono, nei singoli paesi che hanno adottato modelli e strumenti di giustizia riparativa, specificità giuridico-culturali autoctone.

Semplificando al massimo, si potrebbero individuare tre percorsi che hanno portato al (ri)emergere della mediazione come modalità di soluzione dei conflitti.

(a) Il percorso ‘antropologico’: l’apporto della antropologia giuridica è stato quanto mai significativo rispetto alla evoluzione verso modelli di giustizia che si fondano su componenti compensativo-satisfattorie. I primi studi che hanno ipotizzato il ritorno a forme ‘privatistiche’ di composizione del conflitto ovvero, più in generale, a paradigmi ‘alternativi’ alla risposta penalistica – fondata sul binomio, apparentemente indissolubile, reato/sanzione – sono stati proprio quelli che hanno indagato il microcosmo delle ‘comunità semplici’ africane o centro-americane, in cui il percorso di mediazione e/o riparazione corre su binari autonomi rispetto al processo penale e alle

sue regole codificate. Ad emergere dagli studi antropologici è stato un modello di intervento allo stesso tempo parallelo e alternativo al processo, sia civile che penale: ‘parallelo’, perché coesiste con il rito formale, al quale le parti possono comunque accedere, prima o dopo aver esperito il tentativo di mediazione; alternativo, perché risponde ad una logica del tutto diversa da quella sottesa al modello processuale. Il processo è rito, è spettacolarità della amministrazione della giustizia, è momento di conferma della validità delle norme; intrinsecamente, però, esso può essere paragonato ad un gioco "a somma zero", in cui c'è sempre una parte che vince e una che perde. Al contrario, la mediazione rifugge dalla ritualità simbolica del processo: essa è piuttosto, specie quando è allargata ai gruppi parentali delle parti ([6]), un rito catartico in cui viene restituito alle parti il conflitto ‘artificiosamente’ sottratto loro dallo Stato ([7]) e, nella logica del risultato, almeno quando ha successo, corrisponde ad un gioco a “somma positiva”, in cui nessuno ‘perde’ ed anzi ciascuna delle parti ‘vince’ qualcosa, sia pure attraverso reciproche concessioni ([8]).

(b) L'altro input fondamentale deriva dall'abolizionismo penale. Il riferimento è alle correnti di pensiero che, a vario titolo, hanno auspicato, senza riuscire però a profetizzarla, “la fine dell'epoca caratterizzata dalla pena detentiva” ([9]). Si pensi, ad esempio, al precipitato teorico della criminologia c.d. ‘critica’ ([10]) secondo il quale tutte le forme criminali sarebbero il prodotto del sistema penale, rectius delle scelte di criminalizzazione dei gruppi sociali dominanti. Sulla base di questo assunto – e cioè della artificialità del prodotto ‘criminale’ – la via dell'abolizionismo dovrebbe diventare, come ha sostenuto Hulsman, una “necessità logica, una strada realistica, una esigenza di equità” ([11]). Tale paradigma, muovendo da una visione disincantata della realtà della pena come pura inflizione di ‘dolore’ ([12]), rileva l'assoluta carenza di verifica empirica concernente i fini preventivi dichiarati della pena e perciò, mostra, in ultima analisi, il deficit di legittimazione ‘esogena’ dell'intervento punitivo stesso. In questa prospettiva, il diritto penale resterebbe irrinunciabile solo per un nucleo di reati – oggettivamente gravi – così ristretto da non essere ulteriormente comprimibile, mentre ai confini ‘esterni’ del diritto penale, si dovrebbe allargare la ‘zona grigia’ del crime control, da fondare su “meccanismi di soluzione comunicativa e non meramente repressiva” ([13]).

(c) La riscoperta delle vittime. La lenta emersione della vittima dall'oblio in cui era stata gettata per effetto della progressiva giurisdizionalizzazione dell'offesa e della risposta al reato si deve in parte all'input criminologico – fornito principalmente dalla ricerca vittimologica ([14]) – e, in parte, alla pressione politica esercitata dai c.d. “movimenti a favore delle vittime”. L'azione sinergica di questi due vettori culturali – che restano profondamente diversi quanto a matrice intellettuale e a capacità politica di intervento sulla prassi – ha consentito di operare un vero e proprio cambiamento di paradigma. Il successo dei gruppi organizzati di ‘victim support’ – per lo più interpretato come espressione di una politica di ‘legge e ordine’, rispetto alla quale l'istanza per un rafforzamento della tutela delle vittime ha solo finzione di ‘grimaldello’ ([15]) – sembra essere manifestazione di un mutamento culturale profondo nella articolazione sociale e nella percezione dei valori ad essa sottesi da parte dei suoi componenti. In proposito, ha sostenuto Boutellier che “il treno della giustizia riparativa è guidato dalle vittime”: ciò è vero proprio nella misura in cui si è passati da una società coesa, fondata sul consenso circa i valori comuni, ad una società frammentata, in cui convivono più dottrine ‘ragionevoli’ ([16]) e perciò percorsa dal conflitto. La multiculturalità, la segmentazione sociale, il ‘rischio’ diffuso ([17]) – a cui

vanno aggiunte le difficoltà del diritto penale a gestire con gli strumenti tradizionali fenomeni sulla cui regolamentazione incidono scelte morali (si pensi, solo per fare degli esempi alla bioetica, all'eutanasia o, più semplicemente, alla tutela penale della famiglia) – hanno riportato in primo piano l'individuo. Questa sorta di nuovo 'umanesimo' si declina, sul versante penale, anche attraverso la rivalutazione della componente privatistica dell'offesa che, almeno in certi settori, tende a prevalere sulla componente squisitamente pubblicistica ereditata dall'illuminismo, che si estrinseca nella centralità dell'offesa ai beni giuridici e nella titolarità della repressione da parte dello Stato.

In definitiva, il reale superamento della logica sanzionatoria sottesa, sia pure in diversa misura, ai modelli retributivo e specialpreventivo e la restituzione del conflitto alle parti auspicata dagli abolizionisti sembra attualmente affidata alla forza vitale della giustizia riparativa, in cui l'intento di stigmatizzazione del reo è sostituito da quello di promuoverne la responsabilizzazione attraverso la mediazione e la riparazione del danno cagionato dal reato.

3. Profili contenutistici e strutturali della mediazione penale.

In prima approssimazione, si può dire che la mediazione sia una forma di intervento sul conflitto originato da un reato o che si è espresso attraverso un reato, che si iscrive nell'ambito della giustizia riparativa. La collocazione della mediazione nell'alveo della giustizia riparativa non costituisce, però, un indicatore univoco circa la sua natura giuridica. La giustizia riparativa infatti tende, a sua volta, ad apparire allo studioso come una creatura 'tentacolare', suscettibile di molteplici chiavi di lettura e in grado di tradursi in istituti giuridici diversi. La letteratura nordamericana ed europea in materia propongono del resto una molteplicità di definizioni di giustizia riparativa, elaborate in ottiche diverse, delle quali si ritiene utile proporre qui di seguito una selezione essenziale:

(a) Definizione fondata sulla valorizzazione dei destinatari della riparazione: la giustizia riparativa sarebbe una giustizia che cerca di curare il male cagionato alla vittima e/o alla comunità attraverso il reato anziché limitarsi a punire l'autore del reato stesso ([18]). Sotteso a tale prospettiva vi è il superamento della concezione del reato come mera violazione di una norma giuridica e l'accoglimento, viceversa, di una visione 'allargata' del fatto criminoso, che tenga conto di tutte le possibili estrinsecazioni dell'offesa ([19]). Di questo modello di giustizia riparativa possono considerarsi espressione le esperienze di neighbourhood justice.

(b) Definizione costruita sui contenuti della riparazione; il paradigma di giustizia riparativa ispirato alla centralità della riparazione (sia essa simbolica o materiale) si fonda sull'assunto che la riparazione è più efficace della sanzione criminale nel ristabilire l'unità dell'ordinamento e nel ripristinare l'equilibrio della comunità sociale, incrinato dalla commissione del reato ([20]). Oltre ad avere l'obiettivo 'minimo' ma immediato di offrire alle vittime la riparazione concreta del danno derivante da un reato,

tale modello di giustizia riparativa persegue finalità ulteriori e di più ampio respiro, che ne confermano peraltro la potenziale permeabilità nel sistema penale: la ricerca di modelli sanzionatori alternativi a quelli propriamente afflittivi; la promozione di una forma meno ‘intrusiva’ di rieducazione del reo, da ottenersi proprio attraverso il valore ‘positivo’ e responsabilizzante della riparazione; il contenimento di sentimenti di vendetta; la promozione della pacificazione sociale all’interno della comunità ([21]).

(c) Definizione di giustizia riparativa fondata sulla valorizzazione dell’aspetto comunicativo-relazionale del conflitto. L’obiettivo fondamentale dell’approccio riparativo è costituito, in questa ipotesi, dalla ricomposizione della frattura nella comunicazione sociale tra autore e vittima provocata dalla commissione del reato. Da questo punto di vista, la giustizia riparativa lavora prevalentemente sulla dimensione psicologia del danno e sui suoi riflessi in termini di ‘alterazione’ della comunicazione sociale tra autore e vittima. Quest’ultima formulazione trova radici culturali nel pensiero positivistico – il riferimento è qui alle istanze per una più efficace riparazione alla vittime del reato espresse da Garofalo ([22]) – e, ancora prima, nell’utilitarismo. Attingendo alla morale benthamiana, Melchiorre Gioia già agli inizi dell’800 asseriva: “La parola danno non include solamente le alterazioni del sistema visibile delle cose, ma anco le alterazioni nel sistema invisibile dei sentimenti (...) Quando i codici ordinano che si restituisca un valore uguale al valore distrutto, od al prezzo di stima, stabiliscono una equazione apparente ad una ineguaglianza reale” ([23]).

Il comune denominatore delle nozioni di giustizia riparativa testè sinteticamente richiamate va ravvisato dunque nella attenzione privilegiata ai profili di riparazione/riconciliazione. E’ possibile perciò aderire, in definitiva, alla formulazione di giustizia riparativa elaborata da Zher, in base alla quale la giustizia riparativa può essere vista come un modello di giustizia che “coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di una soluzione che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo” ([24]).

Si può ora tornare all’interrogativo di partenza circa la nozione di mediazione, segnalando fin d’ora come nella letteratura di settore si tende per lo più a dire che cosa succede durante la mediazione ma non che cosa la mediazione è. Una indagine sulla ‘natura’ della mediazione ([25]) non è ovviamente consentita nell’economia di questo intervento; ci si limiterà pertanto ad accogliere la nozione – di spessore minimo ma di portata generale, ormai condivisa dalla comunità scientifica – secondo la quale per mediazione si intende un processo informale in cui l’autore e la vittima di un reato, sotto la guida di un mediatore, discutono del fatto criminoso e dei suoi effetti sulla vita e sulle relazioni sociali della vittima. Le prassi mediatorie variano da ordinamento a ordinamento, essenzialmente per quanto attiene alle modalità di conduzione della mediazione e alla inclusione di soggetti diversi dalla vittima e dall’autore di reato ([26]). E’ tuttavia possibile risalire ad un modello generale di mediazione, articolato strutturalmente in quattro fasi distinte:

I. presa in carico del caso: è la fase in cui si decide, dopo la raccolta di sommarie informazioni circa la dinamica del conflitto e del contesto in cui si è sviluppato, se il conflitto è suscettibile di mediazione;

II. preparazione della mediazione: avviene, in genere, attraverso colloqui separati con le parti, alle quali il mediatore spiega il significato e le conseguenze giuridiche della mediazione;

III. conduzione della mediazione: è la fase più difficile e delicata, che può svolgersi anche attraverso più incontri del mediatore con entrambe le parti, e che si conclude, in caso di esito positivo, con un accordo, siglato da tutte le parti, circa i contenuti della riparazione;

IV. follow up: è la fase meno visibile, perché interna all'Ufficio di mediazione, in cui vengono effettuate la valutazione della conformità della condotta riparativa rispetto all'accordo di riparazione siglato dalle parti e la verifica, attraverso interviste e schede valutative, del livello di soddisfazione delle parti.

Occorre procedere, giunti a questo punto, ad una indagine ulteriore: quella volta a stabilire quale collocazione funzionale e strutturale all'interno dell'ordinamento può avere uno strumento complesso in termini sostanziali e sofisticato nell'iter procedurale come la mediazione.

4. La collocazione del paradigma mediatorio nel sistema giuridico: la mediazione come territorio di frontiera.

Per individuare correttamente il tipo di collocazione e gli spazi operativi della mediazione si privilegerà una prospettiva 'microsystematica', interna cioè al sistema penale-processuale. L'ipotesi formulata verrà poi 'falsificata' alla luce delle singole soluzioni normative presenti nel nostro ordinamento, ricavate, inizialmente e in via interpretativa, dal D.P.R. 448/1988 e garantite, da ultimo, dalla legge istitutiva la competenza penale del giudice di pace.

Nella prospettiva prescelta, si pone, per la mediazione, la seguente alternativa:

(A) da un lato, una collocazione 'eso-sistemica', in cui la mediazione si pone come alternativa in chiave di deflazione, rectius, di depenalizzazione in concreto, laddove con quest'ultima formula ci si riferisce "a quegli interventi deflattivi legali che (...) una volta predisposti dal legislatore, richiedono l'intervento, caso per caso, dell'«operatore giuridico» penale (sia esso un'«agenzia» – giudice, pubblico ministero, polizia – o la stessa vittima del «reato»)» ([27]);

(B) dall'altro, una collocazione 'endo-sistemica', in cui la mediazione si pone come variante di stabilizzazione del sistema penale.

In entrambi i casi, la mediazione appare come un istituto 'mobile', suscettibile di seguire la altrettanto mobile frontiera della penalità ([28]).

(A) Nel primo caso, la mediazione costituirebbe uno degli strumenti per promuovere una razionalizzazione interna del diritto penale nella direzione di una progressiva marginalizzazione della risposta penalistica che si risolverebbe a vantaggio dei restanti

strumenti di controllo sociale. Come da tempo si auspica, il diritto penale dovrebbe costituire infatti l'*extrema ratio* di tutela, ciò implicando che la sanzione penale venga ad essere utilizzata solo qualora non vi siano o siano inefficaci gli altri mezzi di tutela predisposti dall'intero ordinamento giuridico. Le condotte la cui carica di disvalore non viene più avvertita dalla comunità (o lo è in forma molto attenuata), potrebbero, allora, essere radicalmente espunte dal sistema penale o gestite opportunamente – anche attraverso forme di depenalizzazione in concreto - con gli strumenti della giustizia riparativa.

In questa ottica, occorre chiedersi a quale tipo di canale deflattivo e/o di depenalizzazione la mediazione può essere validamente ricondotta. Quattro, infatti, sono i filoni astrattamente prospettabili ([29]):

(a) la ‘fiscalizzazione’, secondo cui parte degli illeciti penali potrebbero confluire nel diritto penale amministrativo ed essere puniti con sanzioni di tipo pecuniario. Tale "monetizzazione della reazione statale nei confronti delle condotte vietate" ([30]) comporta una de-giurisdizionalizzazione della reazione statale, cui si accompagna una spiccata de-individualizzazione della risposta punitiva. Gli illeciti che potrebbero idealmente essere gestiti con tali strumenti sanzionatori appartengono prevalentemente al diritto penale economico.

(b) la ‘medicalizzazione’: si tratta di un paradigma opposto a quello precedente, in cui prevale la nota di individualizzazione della risposta sanzionatoria. Il reato viene qui considerato nella sua dimensione espressiva del disadattamento o del disagio sociale del reo. Rispetto a questa categoria di illeciti, la sanzione penale tradizionale appare uno strumento eccessivo e inadeguato: la pena viene perciò surrogata da strumenti di terapia sociale, curativi o assistenziali. Il target ideale di illeciti per i quali si potrebbe ricorrere a questo modello è costituito dalle condotte devianti che hanno alla base disturbi della personalità o dipendenza da sostanze voluttuarie: un esempio per tutti è costituito dai reati connessi all'uso di sostanze stupefacenti.

(c) la ‘secolarizzazione’: costituisce la storica aspirazione del diritto penale a staccarsi dalla morale secondo un processo di laicizzazione inaugurato dal pensiero filosofico-giuridico illuministico ([31]). Comporta una drastica riduzione dei beni giuridici tutelabili attraverso la sanzione penale e si attua attraverso l'espunzione dal diritto penale di alcuni dei delitti che tradizionalmente appartengono alla sfera della morale, soprattutto di tipo sessuale (adulterio, omosessualità, pornografia, ma anche gioco d'azzardo, ubriachezza).

(d) la ‘privatizzazione’: è una tecnica di depenalizzazione che, fino ad oggi, ha avuto come target principale i reati minori contro il patrimonio, tipologia criminale confluita nel diritto penale moderno come retaggio della codificazione borghese ottocentesca. Rispetto a tale fascia di criminalità, la prospettiva di una depenalizzazione ‘secca’ trova un ostacolo nel consenso sociale diffuso che converge sulla necessità di una tutela penalistica del patrimonio, soprattutto laddove la lesione derivi dal condotte

particolarmente aggressive. Appare invece praticabile optare per una privatizzazione del conflitto, subordinando alla iniziativa della vittima l'attivazione della risposta penale. Una tale tendenza deflattiva in chiave di privatizzazione del conflitto, sia pure affidata al limitato strumento della querela, avrebbe peraltro "la funzione di vitalizzare (...) un effettivo principio di frammentarietà riservando alla pena criminale soltanto quei fatti che per l'obiettiva rilevanza, oltre che per le modalità di lesione, esulino dalla possibilità di una 'composizione' privatistica" ([32]).

Rispetto ai modelli di depenalizzazione prospettati, la mediazione, se pensata in prospettiva eso-sistemica, potrebbe trovare una collocazione all'interno del filone della 'privatizzazione' del conflitto, poiché restituisce le esigue aggressioni ai beni giuridici al potere di disposizione delle parti e antepone alla concretizzazione della mera risposta sanzionatoria il ripristino del diritto sostanziale violato.

Specie per la criminalità bagatellare contro il patrimonio, una condanna che riesce a veicolare unicamente effetti di stigmatizzazione appare doppiamente sbilanciata: da un lato, eccessiva per il colpevole e, dall'altro, inutile per la vittima, che desidera essenzialmente la riparazione materiale del danno sofferto, tendendo, più o meno consapevolmente, a disinteressarsi del destino giudiziario dell'autore del reato.

(B) Attribuire alla mediazione una collocazione endosistemica rispetto al sistema penale è una ipotesi di lavoro che rimanda, da un lato, al problema delle scelte di criminalizzazione primaria – la cui soluzione teorica oscilla tra due paradigmi esplicativi: quello 'conflittuale' e quello 'consensuale' – e, dall'altro, al problema della compatibilità della riparazione con i fini della pena.

Le scelte di criminalizzazione possono dunque essere spiegate attraverso le teorie del "consenso" e del "conflitto". Se per le prime il diritto penale è un insieme di norme che si indirizzano a tutti i consociati e la cui violazione va ad urtare contro un sottostante consenso generale, per le seconde, il diritto penale sarebbe uno strumento di rielaborazione dei conflitti sociali che vengono canalizzati attraverso modelli formali di risoluzione preventiva standardizzata.

Qualora si riconosca la validità euristica del secondo paradigma esplicativo, ad un osservatore attento alla realtà del sistema giuridico non può sfuggire come i modelli di soluzione dei conflitti offerti dal diritto penale siano per lo più 'a senso unico', cioè pre-impostati tassativamente a favore di una parte (la vittima) e validi per tutti i similari conflitti futuri ([33]). Il diritto penale tende infatti a fissare valutativamente il reo e la vittima nei rispettivi ruoli che il diritto penale e processuale hanno ritagliato per loro, finendo, in tal modo, con l'exasperare la dimensione conflittuale e le disuguaglianze individuali e sociali.

Nel diritto penale tradizionale, tuttavia, alla stigmatizzazione del reo – fenomeno connaturato all'idea della pena come castigo ma ineliminabile anche rispetto alla pena rieducativa ed anzi 'ipotecato', ancor prima della condanna, dall'avviso di garanzia – non fa da contraltare, come invece ci si potrebbe aspettare, una adeguata tutela della vittima in termini di risarcimento o di riparazione. Le vittime, nonostante il formale riconoscimento di 'status' da parte del diritto, sono relegate al silenzio, ascoltate nel processo solo in qualità di testimoni e talvolta estromesse da quest'ultimo, quando

l'autore di reato è minorenne, per ottimizzare l'intervento di risocializzazione/reintegrazione. In sostanza, la prassi ha dimostrato che i modelli di soluzione dei conflitti formalizzati dal diritto penale sono poco efficaci quanto alla tutela delle vittime, che lo sono solo in modesta misura nell'opera di rieducazione del reo e che, in ogni caso, tendono a generare ulteriori conflitti tra le parti.

Le aporie teoriche e le difficoltà prasseologiche sollevate dai modelli di criminalizzazione conflittuali potrebbero in parte essere superate attraverso il ricorso alla mediazione: da un lato, infatti, la mediazione non comporta una esasperazione delle diseguaglianze e, dall'altro, non cristallizza alcuna definizione valutativa delle parti in conflitto.

La mediazione, dunque, non usa il 'potere' che connota l'inflizione della pena, non esprime soluzioni 'a senso unico', non ha effetti stigmatizzanti. Ciò non toglie che anche la mediazione possa agire come un fattore di stabilizzazione sociale. Sotto questo profilo, la mediazione costituirebbe la concretizzazione di un terzo modello – quello evolutivo – secondo cui l'opzione criminale nasce come 'conflitto' e si trasforma in un 'consenso'; gli strumenti del consenso, in questo caso, non saranno costituiti dalle sanzioni ma dalla gestione comunicativa del conflitto generato dal reato e dalla attività connesse alla riparazione del danno.

La valenza di stabilizzazione sociale che può essere riconosciuta alla mediazione consente inoltre di razionalizzare il ricorso alla stessa (e, in generale, agli strumenti riconducibili al paradigma riparativo) in termini finalistici, dove però il finalismo è qui inteso in senso ampio, cioè come qualità dell'ordinamento penale nel suo complesso e non come qualità della pena – uno strumento che è ontologicamente altro rispetto alla mediazione. Al riguardo, ci si limita ad osservare come il problema finalistico della sanzione nasca dalla necessità di legittimare una reazione dell'ordinamento carica di connotazioni 'negative' (perdita della libertà, stigmatizzazione, desocializzazione); la stessa esigenza di legittimazione non si avverte, invece, rispetto alla mediazione e alla riparazione che, per il fatto di essere orientate alla riconciliazione tra autore e vittima, riceve "a priori una qualifica positiva" ([34]). Una verifica di 'compatibilità' della mediazione con le finalità della giustizia penale nel suo complesso è tuttavia necessaria, in primis per essere certi che la mediazione non sia antinomica rispetto alle esigenze della giustizia penale stessa. Superato questo banco di prova, si tratterà di valutare se e in che misura la mediazione può contribuire alla realizzazione dei fini tradizionali della pena.

Sotto quest'ultimo profilo, la mediazione potrebbe ricevere una duplice legittimazione ([35]):

(i) in chiave specialpreventiva, poiché lavorando, per così dire, dall'interno del conflitto, la mediazione può efficacemente promuovere nel reo il riconoscimento della propria responsabilità, che è condizione indispensabile per avviare qualunque processo di rieducazione e di perciò di reintegrazione del soggetto deviante nella società;

(ii) in chiave generalpreventiva, perché la mediazione e la riparazione che ad essa consegue possono avere sia un effetto pedagogico di conferma nella validità dell'ordinamento, sia un effetto di pacificazione, "il quale si produce allorché l'agente abbia prestato quanto consenta alla coscienza giuridica di tranquillizzarsi nei confronti dell'illecito commesso e di considerare risolto il conflitto con l'agente stesso" ([36]). Un tale orientamento presuppone che il problema della nozione di prevenzione generale venga risolto privilegiandone l'accezione di "integrazione" e "pacificazione del sentimento giuridico" ([37]).

Il problema principale che residuerebbe accogliendo una legittimazione teleologica della mediazione in chiave generalpreventiva, potrebbe essere l'apparente deficit di consenso della collettività ad una 'gestione interpersonale' della lesione al bene giuridico, che rischia di apparire penalizzante rispetto alla esigenza collettiva di tutela dei beni giuridici stessi e quindi alla prevenzione generale 'classica'. L'impasse è tuttavia superabile se si riesce a comunicare con sufficiente persuasività la funzione stabilizzante che una prassi consolidata di mediazione nel lungo periodo è in grado di garantire.

5. Le soluzioni italiane al problema della collocazione funzionale a strutturale della mediazione.

Procedere alla ricognizione degli spazi normativi che consentono il ricorso alla mediazione e la valutabilità delle condotte riparative ai fini della definizione anticipata del processo, dovrebbe consentire di stabilire con sufficiente precisione che tipo di collocazione è attualmente prospettabile per la mediazione nel nostro ordinamento. Il discorso al riguardo, tuttavia, non può più procedere unitariamente, richiedendo viceversa una analisi delle specificità del ricorso alla mediazione/riparazione nella giustizia minorile e in quella degli adulti, da condurre su binari paralleli.

5.1 La mediazione nell'ambito della giustizia minorile

Il primo dato che si coglie esaminando la legislazione minorile è, apparentemente, di natura contraddittoria. Sebbene quello della giustizia minorile sia ancora l'ambito pressoché esclusivo di sperimentazione e di operatività della mediazione, nelle regole circa il processo penale a carico di imputati minorenni non vi alcun riferimento espresso alla 'mediazione', almeno a livello di 'significante'. Una indicazione di significato proviene tuttavia dai termini "conciliazione" e "riparazione", contenuti nel secondo comma dell'art. 28 e richiamati dall'art 27 delle relative disposizioni di attuazione ([38]): la "riparazione delle conseguenze del reato" e la "conciliazione con la persona offesa" costituiscono infatti l'esito auspicabile della mediazione. Si tratta, però, pur sempre di prescrizioni inserite nel tessuto di una norma formulata sin dall'inizio per ottimizzare le esigenze educative del minore autore di reato ([39]). Tuttavia proprio tale congegno normativo pensato per soddisfare esigenze a titolarità esclusiva del minore deviante crea uno spazio 'interstiziale' di operatività per la mediazione.

In estrema sintesi, i canali di ingresso della mediazione nel sistema penale minorile possono essere ricondotti a tre:

I. L'art. 9 D.P.R. 448/1988, che consente al pubblico ministero di rivolgersi agli operatori dell'Ufficio per la Mediazione per valutare l'opportunità che il minore si attivi per riparare le conseguenze del reato. L'eventuale riparazione del danno, la verifica della disponibilità del minore ad incontrarsi con la vittima e a riconsiderare la propria condotta delittuosa – effettuati con l'ausilio degli operatori sociali e dietro impulso del Pubblico ministero – diventano, per il giudice, elementi utili ai fini della valutazione

della colpevolezza del minore stesso e della formulazione di un giudizio prognostico.

II. L'art. 27 D.P.R. 448/1988. Gli elementi di valutazione acquisiti tramite l'articolo 9 – e più esattamente attraverso la mediazione, che dovrebbe gettare una nuova luce sull'intero fatto identificando la dimensione reale e globale dell'offesa recata alla vittima e la misura della responsabilità dell'autore del reato – possono costituire i parametri in base ai quali considerare se per il reato commesso possa essere applicato l'art. 27, norma che consente al giudice di prosciogliere il minore per irrilevanza del fatto. Mediazione e risarcimento – costituendo gli ulteriori elementi valutativi della 'tenuità del fatto' – consentirebbero di allargare le maglie dell'art. 27, la cui applicazione resterebbe altrimenti condizionata dal solo parametro della gravità oggettiva dell'illecito ([40]).

III. L'art. 28 D.P.R. 448/88. Quando il processo è già iniziato, il giudice può utilizzare la mediazione come prescrizione a corredo della sospensione del processo con messa alla prova, che viene disposta dopo l'audizione delle parti. L'esito positivo della prova, che il giudice valuterà sulla base del "comportamento del minorenne e della evoluzione della sua personalità" (art. 29 D.P.R. 448/1988), ha come conseguenza la dichiarazione di estinzione del reato.

Dall'exkursus sui canali di attivazione della mediazione nel sistema penale minorile si può dedurre che la mediazione funziona prevalentemente come strumento endosistemico di stabilizzazione sociale: non solo consente di gestire comunicativamente il conflitto, evitando gli effetti stigmatizzanti connessi al ricorso alle sanzioni classiche, ma fornisce al giudice una base del giudizio 'allargata', sulla quale fondare il ricorso alle formule di proscioglimento per irrilevanza del fatto o di estinzione del processo per superamento della prova ([41]). In quanto veicola soluzioni processuali formalizzate dal diritto volte ad evitare la radicalizzazione del conflitto e a promuovere la reintegrazione del colpevole nella comunità, la mediazione dovrebbe agire come fattore di stabilizzazione sociale, coagulando il consenso collettivo su una modalità di soluzione del conflitto che ha privilegiato la riparazione/riconciliazione alla mera punizione del colpevole.

Una verifica dei reati astrattamente mediabili consente di effettuare una proiezione circa l'impatto della mediazione nel sistema penale minorile. In via di principio, non vi sono preclusioni oggettive al ricorso alla mediazione; gli elementi eventualmente ostativi sono quelli connaturati al ricorso alle formule di definizione del processo delineate dagli articoli 27 e 28 del D.P.R. 448/88. In sostanza, per l'art. 27, un consolidata giurisprudenza tende ad assoggettare la concessione del proscioglimento per irrilevanza del fatto non al titolo di reato e quindi alla commissione di un c.d. 'Mickey mouse crime' bensì alla effettiva esiguità del danno e della colpevolezza dell'autore. Ciò significa che il fatto può considerarsi esiguo anche se appartenente ad un titolo di reato di media gravità, quando l'autore stesso possa essere riconosciuto come 'bagatellare'. Per quanto attiene all'art. 28, l'assenza di limiti oggettivi legati alla cornice edittale di pena fa sì che la mediazione possa potenzialmente essere applicata alla generalità dei reati che ontologicamente siano mediabili (in cui, cioè, vi sia una vittima individuale).

In definitiva, sebbene la mediazione autore-vittima sia ancora confinata in Italia alla fase della 'sperimentazione' su base locale ([42]) nel solo ambito della giustizia minorile, almeno fino a quando non entrerà in vigore la giustizia del giudice di pace, essa appare un istituto potenzialmente suscettibile di una più ampia applicazione. Le condizioni favorevoli per un più largo ricorso alla mediazione sono create, nel diritto

penale minorile, anche dalla assenza di limiti oggettivi preclusivi rispetto ad intere classi di reati.

Se si procedesse ad una integrazione/regolamentazione della mediazione nell'ambito della giustizia penale minorile, ci si potrebbe anche attendere un sensibile effetto deflattivo.

Rispetto ad un potenziamento della mediazione, tuttavia, dalla prassi provengono indicazioni contraddittorie e comunque, prevalentemente, di segno opposto. A rendere difficoltoso il ricorso alla mediazione non è solo la obiettiva limitatezza della presenza di Uffici di mediazione sul territorio, ma anche e forse soprattutto una sorta di vischiosità della prassi rispetto agli strumenti tradizionali di risposta alla devianza minorile, siano essi di natura repressiva o clemenziale. Complessivamente, perciò, almeno fino ad oggi, l'impatto deflattivo della mediazione sul sistema di repressione della devianza giovanile risulta minimo. Si può presumere tuttavia che la mediazione andrà ad intaccare solo marginalmente l'area della risposta penalistica improntata alla condanna o a conquistare il settore coperto del proscioglimento per immaturità; è viceversa immaginabile che la mediazione continuerà a lavorare su quei conflitti che avrebbero attraversato il processo di selezione criminale fermandosi al filtro del perdono giudiziale o a quello del proscioglimento per irrilevanza del fatto.

5.2 Mediazione e riparazione nella giustizia amministrata dal giudice di pace.

L'ultima riforma legislativa atta ad incidere sulla configurazione del sistema sanzionatorio, creandone un nuovo 'microcosmo', è quella che ha istituito la competenza penale dei giudici di pace ([43]), ai quali è stata devoluta la conoscenza di una parte dei reati previsti dal codice penale e da alcune leggi speciali. La legge che ha esteso al campo penale la competenza dei giudici di pace contiene per la prima volta un riferimento esplicito alla 'mediazione', consentendo, in generale, ai giudici di pace di promuovere in via privilegiata la composizione del conflitto ([44]).

La peculiarità della legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace è quella di consentire una reale 'flessibilità' delle risposte ([45]). Il giudice può scegliere infatti tra misure:

(a) di tipo conciliativo/mediatorio;

(b) di tipo meramente riparativo;

(c) di tipo sanzionatorio. In questo caso, non è ammessa sospensione condizionale della pena, per garantire l'effettività della sanzione eventualmente irrogata.

Le misure riconducibili al paradigma della giustizia riparativa sono essenzialmente due. Anzitutto, la mediazione in vista della riconciliazione tra le parti, ex art. 29 D. leg. 274/2000, che può essere promossa direttamente dal giudice quando il reato è perseguibile a querela. In questo caso, il giudice – che può agire personalmente come mediatore o avvalersi di mediatori esterni all'apparato giudiziario – ha il potere di rinviare l'udienza per un periodo di tempo non superiore a due mesi per consentire lo svolgimento della mediazione stessa.

A differenza che nel sistema processuale minorile, qui la mediazione emerge

essenzialmente nella variante 'esosistemica' di privatizzazione del conflitto, realizzando una forma di depenalizzazione affidata alla remissione della querela.

Va rilevato che la formulazione dell'art 29 contiene una fondamentale indicazione di garanzia che consente di risolvere, almeno sulla carta, uno dei problemi principali del ricorso alla mediazione nella fase delle indagini preliminari: quello della compatibilità di tale istituto con il principio di presunzione di innocenza. Per accedere alla mediazione occorre infatti, quanto meno, una 'colpevolezza' virtuale dell'indagato, dovendo questi ammettere la propria responsabilità di fronte al fatto contestato. Orbene, l'offerta di mediazione che viene rivolta all'indagato, rappresenta, sotto il profilo della presunzione di non colpevolezza, un'arma a doppio taglio. L'accusato che accede alla proposta di mediazione ha infatti già ammesso la propria responsabilità. Ma se la mediazione non va a buon fine, ci si deve chiedere quale utilizzazione possa essere legittimamente fatta delle dichiarazioni confessorie che hanno preceduto il tentativo di mediazione. Si tratta di una situazione assolutamente anomala rispetto alle regole dettate in materia di diritto di difesa dell'imputato dal codice di procedura penale, che assicura, agli artt. 62 ss., che i diritti e le garanzie per l'imputato siano estesi alla persona sottoposta alle indagini. L'autorità giudiziaria deve infatti contestare in forma chiara e precisa il fatto attribuito, dichiarare gli elementi di prova esistenti (art. 65 c.p.c.) e informare l'indagato che ha facoltà di non rispondere (art. 64, comma terzo); nel caso, poi, che la persona interrogata non abbia la qualità di 'indagato' e renda dichiarazioni autoindizianti, è fatto obbligo all'autorità giudiziaria di interrompere l'esame, di avvertire la persona che a seguito delle dichiarazioni rese potranno essere avviate delle indagini, di invitare la stessa a nominare un difensore.

La legge istitutiva la competenza penale del giudice di pace sembra tuttavia risolvere radicalmente il problema facendo espresso divieto di utilizzazione delle dichiarazioni rese dalle parti durante la mediazione ai fini della deliberazione (art. 29/4).

Oltre a consentire il ricorso alla mediazione, la legge istitutiva la competenza penale del giudice di pace prevede un secondo istituto riconducibile al paradigma riparativo: quello previsto dall'art. 35, che riconosce alla condotta riparativa posta in essere prima del giudizio efficacia estintiva del reato ([46]). In particolare, la norma prevede che, prima dell'udienza di comparizione, il reo possa dimostrare di aver provveduto alla riparazione del danno (restituzione e risarcimento) e alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della propria condotta ([47]) e che il giudice sia tenuto a verificare, ai fini del riconoscimento della validità della causa estintiva, che la riparazione del danno sia idonea a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione. La norma introduce due parametri per l'esercizio della discrezionalità del giudice – la 'prevenzione' e la 'riprovazione' – non facilmente verificabili né definibili sotto il profilo interpretativo. La prevenzione potrebbe essere intesa sia in termini di prevenzione generale – la condotta riparativa deve aver soddisfatto le esigenze di stabilizzazione sociale – sia in termini di prevenzione speciale – la riparazione deve aver portato alla riconciliazione tra vittima e autore, con pieno raggiungimento della finalità di risocializzazione ([48]). Quanto alla riprovazione, una interpretazione forse rigoristica ma aderente alla lettera della legge potrebbe muoversi nella prospettiva della teoria retributiva classica: la condotta riparativa dovrebbe cioè assolvere ad una funzione analoga a quella assegnata nel diritto anglosassone ai 'punitive damages'.

Nel funzionamento di tale istituto, il ruolo della vittima, specie se paragonato a quello svolto nella mediazione, appare decisamente più modesto: la vittima ha unicamente il diritto di essere ascoltata prima della dichiarazione di estinzione del reato.

Infine, la legge istitutiva la competenza penale del giudice di pace estende anche agli

adulti un istituto già previsto alla fine degli anni '80 come modalità di definizione del processo a carico di imputati minorenni: il proscioglimento per irrilevanza del fatto. Al riguardo valgono le stesse considerazioni sulla utilizzabilità della mediazione svolte in relazione all'art. 27 D.P.R. 448/88. Si tratta di un istituto che non richiama espressamente la mediazione ma neppure la esclude. La mediazione, può rivelarsi utile ai fini della valutazione della tenuità del fatto poiché consente un'analisi più accurata dell'intero episodio criminoso. Nella valutazione delle condizioni che consentono la "esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto" (art. 34 D. leg. 274/2000), ai giudici di pace è concessa un'ampia discrezionalità; il giudice può infatti non dare seguito all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero e riconoscere con sentenza la particolare tenuità del fatto. In questa vicenda processuale le vittime hanno un ruolo ancor più limitato di quello riconosciutogli dalle norme sopra esaminate, potendo esercitare solo un potere di veto ([49]).

I reati di competenza del giudice di pace – non molti, per la verità – comprendono fattispecie disciplinate dal codice penale e da leggi speciali. Per avere un'idea dell'impatto della riforma, è stata calcolata la frequenza statistica di commissione dei reati perseguibili a querela, e perciò astrattamente mediabili, contenuti nel codice penale che dal 2 gennaio 2002 saranno di competenza del giudice di pace (v. Tabella n. 1 e Figura n. 1). In generale, essi rappresentano una quota che compresa tra il 12% e il 14% ([50]) della massa dei reati previsti dal codice penale commessi in un anno.

6. La mediazione penale tra aspirazioni deflattive e 'net widening effect'.

I dati acquisiti circa la prassi della mediazione nel diritto penale minorile e la stima dell'impatto deflattivo delle formule di definizione anticipata del processo su base mediatorio/riparativa per i reati previsti dal codice penale di competenza del giudice di pace consentono di svolgere alcune osservazioni circa l'efficacia della mediazione nella riduzione della penalità.

Sembra ragionevole ritenere che non è sul terreno della mediazione che si gioca la partita della deflazione del carico penale. Complessivamente, l'impatto deflattivo degli istituti riconducibili alla giustizia riparativa, almeno per come sono stati congegnati o trapiantati nel 'tessuto' penale-processuale del nostro sistema, appare piuttosto modesto rispetto alla giustizia penale minorile e prevedibilmente poco significativo rispetto alla giustizia degli adulti ([51]).

Vediamone, sia pure cursoriamente, le ragioni principali.

(a) Nel diritto penale minorile, la mediazione veicola informazioni fondamentali per giungere anzitutto al proscioglimento per irrilevanza del fatto; probabilmente si sarebbe giunti alla medesima soluzione processuale anche senza la mediazione.

(b) Sebbene non vi sia uno sbarramento circa la classe di reati mediabili, la mediazione viene per lo più utilizzata per reati di modesta gravità, per i quali il pubblico ministero o il giudice si sarebbero avvalsi comunque di meccanismi di rapida fuoriuscita dal processo (si pensi alla sospensione del processo con messa alla prova, che può prescindere anche dalla mediazione).

(c) Nella legge istitutiva del giudice di pace, il tentativo di conciliazione risulta possibile solo per i reati procedibili a querela, che peraltro sono in numero molto

contenuto, rappresentando circa il 12-13% di tutti i reati denunciati per i quali sia stata iniziata l'azione penale. Si tratta inoltre di reati per i quali non si arriva quasi mai a celebrare un processo adversary, attraverso il pieno dibattimento. Se una efficacia deflattiva è immaginabile, allora essa andrà ad incidere principalmente sul ricorso ai riti differenziati.

Il problema che residua, e che costituisce indubbiamente un punto controverso, è se l'efficacia deflattiva possa considerarsi il parametro corretto per valutare l'opportunità della inclusione sistematica della mediazione nell'ordinamento penale.

Considerare la mediazione come uno degli strumenti della depenalizzazione – questa sembra essere la collocazione coerente con le opzioni del legislatore in materia di competenza penale del giudice di pace – è in parte, riduttivo e, in parte, fuorviante. E' riduttivo perché si finisce con il valorizzare, della mediazione, la sola componente 'risarcitoria', deprimendo l'importantissima valenza di 'soluzione del conflitto' in chiave di ricostituzione della comunicazione sociale che principalmente le appartiene. E' fuorviante perché la mediazione verrebbe ad essere considerata come una sanzione atipica, che allarga la gamma delle risposte in senso lato alternative alla detenzione.

Il rischio paventato dalla chiave di lettura sopra evocata è che la mediazione anziché funzionare in chiave deflattiva finisca per provocare il c.d. net widening effect. E' facile immaginare infatti che si ricorra alla mediazione nelle seguenti ipotesi: quando, cioè, non si sarebbe innescata alcuna reazione del sistema penale; oppure, quando non si sarebbe comunque giunti al dibattimento; o, infine, quando non sarebbe stata applicata al condannato nessuna 'prescrizione' contenutisticamente significativa.

Tale lettura tuttavia non risulta convincente. Anzitutto, iscrivere la mediazione nella logica deflattiva significa considerare la mediazione come una mera tecnica di diversion, perciò sempre e comunque come una risposta appartenente al controllo formale. E' vero che la mediazione sembra costituire l'ultima tappa di un percorso di civiltà giuridica e sociale che ha portato al progressivo superamento della crudeltà delle pene, percorso scandito, in un primo tempo, dall'abbandono della tortura, delle pene corporali ed infamanti e della pena di morte (almeno negli ordinamenti giuridici europei) e, successivamente, contrassegnato dal continuo 'ripiegamento' della pena detentiva orientata alla 'retribuzione' o alla mera deterrenza e, parallelamente, dal proliferare sia di sanzioni 'alternative' alla detenzione ispirate alla rieducazione del condannato, sia di misure di tipo pecuniario o interdittivo. Ma è anche vero che la mediazione è ontologicamente diversa da ogni altro strumento presente nella 'scatola degli attrezzi' del sistema penale, giacché lavora unicamente attraverso la 'comunicazione' e attinge ad un concetto di responsabilità non 'retroflesso'.

Attraverso la mediazione è possibile pensare infatti ad un superamento del concetto di 'responsabilità passiva', che è quella cristallizzata dal diritto penale secondo il paradigma retributivo: in base a tale visione della pena, il reo è responsabile per il 'passato' e sempre al passato va commisurato il limite massimo della pena, al di sotto del quale possono essere effettuati ulteriori 'aggiustamenti' in chiave risocializzativa. Il concetto di 'responsabilità passiva' potrebbe essere sostituito, rectius, affiancato, dalla elaborazione di uno schema di responsabilità 'attiva', per la quale il passato è solo il motivo dell'ascrizione di responsabilità, da effettuarsi secondo le regole consolidate del principio di colpevolezza, mentre l'orientamento al 'futuro' è lo scopo. Questo trascinerrebbe con sé il passaggio da un sistema di prevenzione generale 'passiva' – che, anche nella sua variante 'positiva', si fonda comunque su una responsabilità per il

passato – a un modello di prevenzione ‘attiva’, in cui il tipo di sanzione e il suo contenuto sono orientate alla ‘reintegrazione’ del reo nel tessuto sociale o, più genericamente, all’incoraggiamento di condotte riparatorie ad esclusivo beneficio della collettività ([52]).

In definitiva, se il diritto penale si limita a recuperare la mediazione come una sua mera ‘articolazione interna’, la profonda valenza di civiltà che appartiene alla mediazione stessa – e che si esprime nella capacità di darsi delle regole rispetto ai conflitti – rischia di essere sottovalutata e svilita. La mediazione può essere forse quel “qualcosa di meglio del diritto penale” auspicato da Radbruch o incarnare l’idea, cara a Satta, di una giustizia che può anche prescindere dal processo e dalla pena ma che non può prescindere dal ‘giudizio’. E poiché la mediazione invita a ‘giudicare’ e a ‘giudicarsi’, attraverso la comprensione della angiosudicità del fatto compiuto, del dolore arrecato, della frattura sociale prodotta, il monito di Satta appare quanto mai attuale: “giudicare e non punire. Punire può chiunque, perché il punire non è che azione, brutale azione.” ([53]).

Tabella 1. : incidenza dei reati perseguibili a querela sulla massa complessiva dei reati denunciati nel 1998

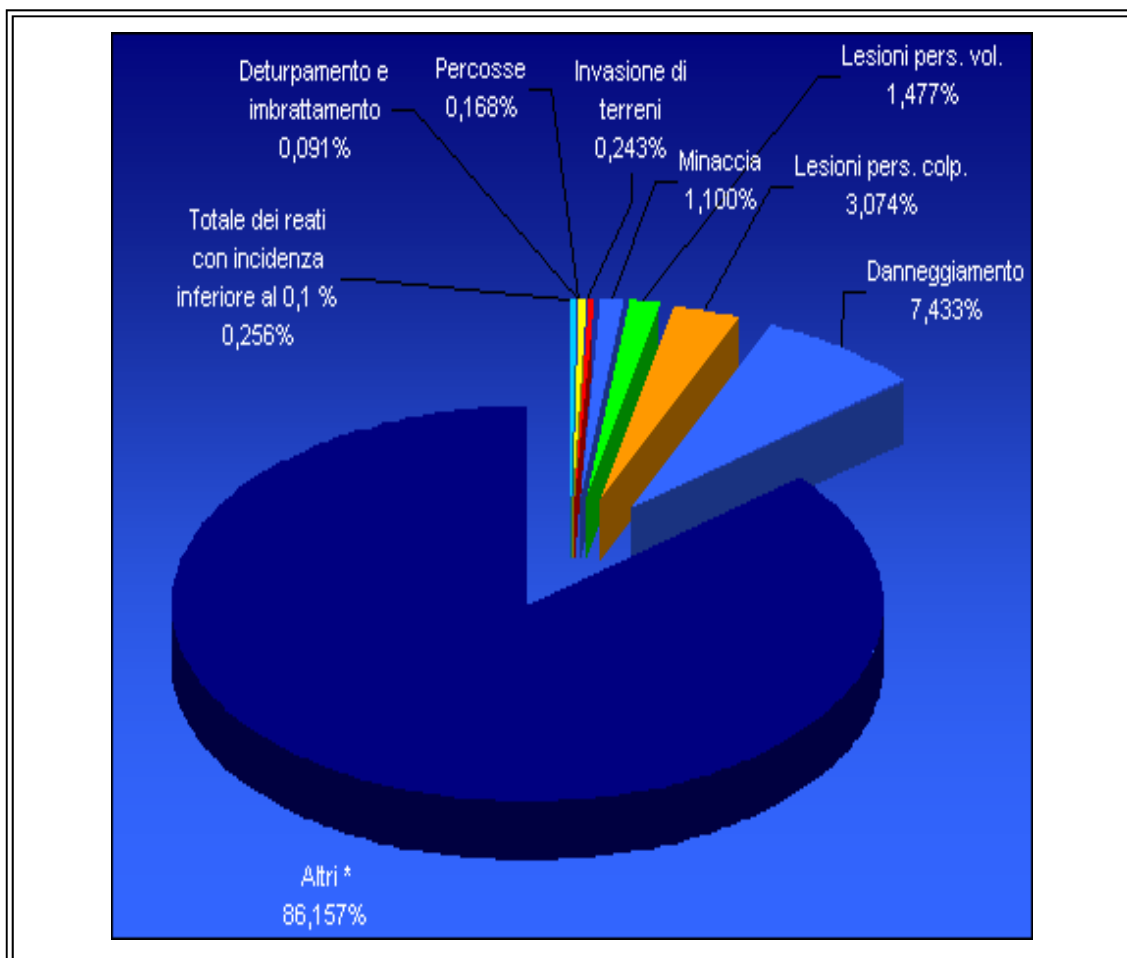
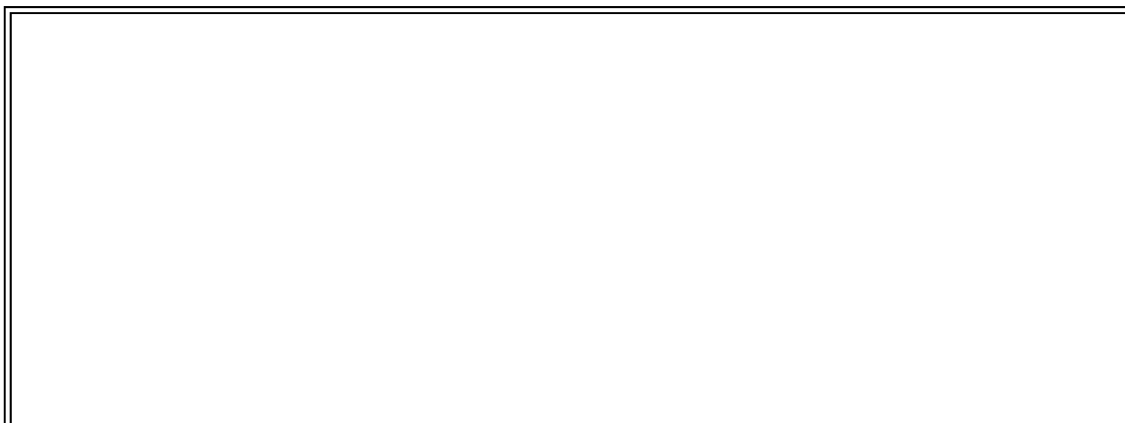
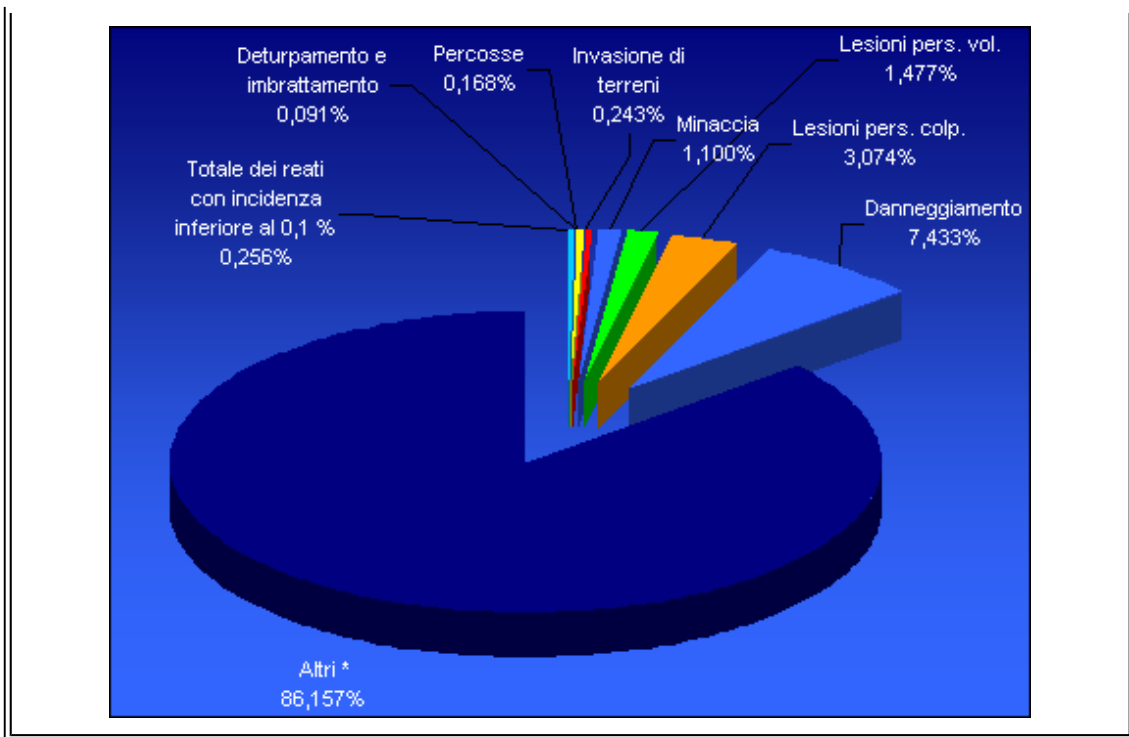


Figura 1: rapporto (in percentuale) tra i reati perseguibili a querela di competenza del giudice di pace e la totalità dei reati denunciati, relativi all'anno 1998.





* : Reati di competenza del giudice di pace non a querela e reati di competenza del giudice monocratico

[1] Cfr. OCCHIOGROSSO, La mediazione tra imputato minorenni e vittima del reato: la prospettiva giuridica, PICOTTI (a cura di), La mediazione nel sistema penale minorile, Padova, 1998, pp. 225 e 232.

[2] E', questa, la prospettiva di Pisapia (PISAPIA-ANTONUCCI, La sfida della mediazione, Padova, 1997, p. 5).

[3] MONTEVERDE, Mediazione e riparazione dopo il giudizio: l'esperienza della magistratura di sorveglianza, in *Minori e Giustizia*, 1999, p. 86 ss. V. anche PAVARIN, "Mediazione, riparazione e conciliazione tra autore e vittima del reato", relazione presentata al Corso di formazione per magistrati di sorveglianza (Frascati 24/11/2000) (non pubblicato).

[4] Sulla circolazione ed esportabilità dei modelli v., da ultimo, GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

[5] Si vedano, sul punto, CERETTI-MANNOZZI *Restorative Justice: Theoretical Aspects and Applied Models*, in "Contribution to the Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and on the Treatment of Offenders", pubblicazione del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa sociale, Milano, 2000, pp. 55 ss.

[6] La mediazione autore-vittima viene talvolta effettuata secondo modalità che prevedono il coinvolgimento dei gruppi parentali delle parti in conflitto. Quando è estesa ai gruppi parentali, la mediazione prende il nome di "family group conferencing", modalità cui si ricorre ampiamente in Australia e in Nuova Zelanda, dove addirittura è utilizzata per gestire circa l'85% della devianza giovanile. In argomento v. MORRIS-MAXWELL, *Family Group Conferences in New Zealand: Assessing the Place, Potential and Pitfalls of Restorative Justice*, in CRAWFORD-

GOODEY, Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice, Aldershot, 2000, p. 219. Nella letteratura italiana, riferimenti in MANNOZZI, Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della "Dichiarazione di Vienna", in Rassegna penitenziaria e criminologica, 2000, p. 14, (v., in part. p. 13-17 per una ricognizione degli strumenti di intervento riconducibili alla giustizia riparativa).

[7] E' d'obbligo la citazione dell'ormai celebre saggio di CHRISTIE, Conflicts as Property, in GALAWAY-HUDSON (a cura di), Perspectives on Crime Victims, St.Louis-Toronto-London, 1981, p. 234 ss.

[8] Cfr. CASTELLI, La mediazione. Teorie e tecniche, Milano, 1996, p. 40.

[9] LÜDERSEN, Die Steuerugsfunktion des Gesetzes, in GRIMM-MAIHOFER (a cura di), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen, 1988, p. 159.

[10] Le denominazioni di tale indirizzo criminologico, inaugurato a partire dagli anni '60, sono molteplici: si è parlato di criminologia 'critica', 'radicale', 'reattiva' o, più semplicemente di 'nuova' criminologia, o ancora di 'criminologia del conflitto'. Il tratto distintivo comune a tali indirizzi è comunque costituito da una opzione teorica che, sbarazzandosi di gran parte dell'eredità positivista, rifiuta di derivare la definizione di reato dall'apparato del controllo formale. Il cambiamento è confermato da una sorta di 'passaggio del testimone' nell'oggetto della ricerca criminologica: dalle "teorie della criminalità" alle "teorie della criminalizzazione". In argomento, FORTI, L'immane concretezza, Milano, 2000, p. 223 ss.

[11] Fondamentale, in proposito, il contributo di HULSMAN, Abolire il sistema penale?, in Dei delitti e delle pene, 1983, p. 71.

[12] Il riferimento è a CHRISTIE, Limits to Pain, Oxford, 1982.

[13] HULSMAN, Peines perdues, Parigi, 1982, p. 156.

[14] Imprescindibile il rinvio agli studi di Fattah. Cfr., in particolare, FATTAH, From Crime Policy to Victim Policy, London, 1986.

[15] La tutela delle vittime è, per la verità, espressione anche di politiche di tipo progressista: in quest'ultimo caso, l'azione dei gruppi di 'victim support' anziché essere diretta a chiedere inasprimenti sanzionatori è volta ad organizzare e a sostenere materialmente centri di assistenza delle vittime stesse. In definitiva, le associazioni a tutela delle vittime di matrice 'liberal' costituiscono il fronte operativo delle politiche di victim support. Viceversa, le associazioni a tutela delle vittime di stampo conservatore tendono unicamente a dare sostegno alle campagne politiche della 'tolleranza zero'. Emblematico l'appoggio dato alla adozione della legge del "Three strikes and you're out" negli Stati Uniti, su cui da ultimo riferisce FEELEY, Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle corti delle leggi "tre volte e sei eliminato", in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, p. 417 ss.

[16] RAWLS, Political Liberalism, New York, 1993, trad. it. Liberalismo politico, Milano, 1995, p. 30 (della trad.).

[17] Sulla società del rischio v. BECK, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Francoforte, 1986.

- [18] In questo senso, Van NESS- HEETDERKS STRONG, Restoring Justice, Cincinnati, 1997, p. 32.
- [19] Così, ZEHR, Changing Lenses, Scottsdale, 1990, p. 181.
- [20] V. ABEL-MARSH, Punishment and Restitution, London, 1984. Nella letteratura europea v. SESSAR, Schadenwiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, in Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht – Festschrift für Heinz Leferenz, Heidelberg, 1983, p. 148.
- [21] Fondamentale il rinvio a ROXIN, Risarcimento del danno e fini della pena, in Riv. it. dir. proc. pen., 1987, p. 16.
- [22] Cfr. GAROFALO, Riparazione alle vittime del delitto, Torino, 1887, p. 2 s.
- [23] GIOIA, Ingiurie e danni, Parte I, libro III, serie 3°.
- [24] ZEHR, Changing Lenses, Scottsdale, 1990, p. 181.
- [25] Sul punto sia consentito il rinvio a MANNOZZI, From the ‘sword’ to dialogue: towards a ‘dialectic’ basis for penal mediation, in WEITEKAMP-KERNER, Restorative Justice: theoretical foundations, Willan Publishing, Cullompton (in corso di pubblicazione).
- [26] UMBREIT, Mediating Interpersonal Conflicts: a pathway to peace, St. Paul, 1995. p. 25 s.
- [27] Così, PALIERO, Depenalizzazione (voce) in Dig. Disc. Pen., 1989, p. 413 s. Il termine depenalizzazione è dunque usato in una accezione molto ampia e tale da includere ogni forma di attenuazione o di modificazione delle sanzioni applicabili a fatti non decriminalizzati. Per una ricognizione delle varianti semantiche della coppia concettuale decriminalizzazione/depenalizzazione si rinvia ancora a PALIERO, op. ult. cit., p. 430 s.
- [28] BARATTA, La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo, in Dei delitti e delle pene, 1998, p. 15 s.
- [29] La distinzione dei modelli e delle tecniche relative di depenalizzazione è proposta da PALIERO, Depenalizzazione, cit., p. 432 s. e ripresa, rispetto ai problemi sollevati dalla giustizia riparativa nell’ambito della giustizia minorile, da PALIERO-MANNOZZI, Criminal Conflicts Involving Minors: Problems and Perspectives of Victim-offender Mediation, in WALGRAVE (a cura di), Restorative Justice for Juveniles, Leuven Un. Press, 1998.
- [30] Ibidem, p. 432.
- [31] Sui rapporti tra istanze di depenalizzazione e processo di secolarizzazione del diritto penale, con particolare riferimento all’opera di Beccaria, v. TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna, p. 475 ss.
- [32] PALIERO, Depenalizzazione, cit., p. 435.
- [33] PALIERO, Consenso sociale e diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, p.

[34] ROXIN, op. ult. cit., p. 14.

[35] In realtà, vi è chi ravvisa il principio costitutivo della pena stessa nella 'riparazione', muovendo dalla considerazione che, data la struttura originariamente dialogica dell'uomo, la pena non può assumere "altro fine che quello del ripristino del dialogo; nel che consiste l'essenza della riparazione". Così CAVALLA, La pena come riparazione, in CAVALLA-TODESCAN (a cura di), Pena e riparazione, Cedam, 2000, p. 101 s. (in cui l'A. afferma, peraltro, che "la pena riparatrice soddisfa a tutte le esigenze della retribuzione").

[36] Ibidem, p. 17.

[37] Ibidem, p. 16.

[38] L'art. 28 D.P.R. 448/1988 prevede espressamente che con l'ordinanza di sospensione "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". Ma v. anche art. 27 D.lgs. 28 luglio 1989, n. 272, recante "Norme di coordinamento e transitorie del D.P.R. 448/1988".

[39] I riflessi della peculiarità dell'art. 28 – che è quella di prevedere la conciliazione-riparazione come parte di un progetto educativo con obiettivi diversi da quelli di un intervento puntuale come la mediazione – sulla efficacia nel veicolare la mediazione si colgono attraverso il monitoraggio dell'attività degli Uffici di mediazione. Sin dai primi dati sulla prassi della mediazione rilevati dall'Ufficio di Milano emerge come il tramite dell'art. 28 venga poco utilizzato. Cfr. CERETTI-DI CIO'-MANNOZZI, Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto, in F.SCAPARRO (a cura di), Il coraggio di mediare, Milano, 2001, p. 307 ss.

[40] Normalmente, il complesso di valutazioni che sfociano nella sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto viene compiuto dal giudice in base a dati scarni: la descrizione del fatto che deriva dai resoconti della polizia giudiziaria e i risultati delle relazioni dei servizi minorili, che si limitano, però, a 'fotografare' 'esternamente' la condizione familiare e sociale del minore al momento della commissione del reato. E' proprio in questa prospettiva che la mediazione può segnare un significativo cambiamento di rotta. La stessa riparazione, se avvenuta prima dell'inizio del dibattimento, 'riduce' significativamente la dimensione del danno e perciò fa venir meno uno dei requisiti 'ostativi' alla valutazione di tenuità del fatto.

[41] La mediazione che ha esito negativo (oppure solo parzialmente positivo) diventa uno strumento più difficile da utilizzare sul piano processuale. Potrebbe, ad esempio, essere vantaggioso, per il giudice, conoscere il comportamento del minore durante gli incontri, per poterne valutare la personalità; questa aspettativa si scontra, però, con il dovere deontologico del mediatore di non riferire nulla sull'attività di mediazione, eccetto l'esito finale di questa. Sotto il profilo processuale, della mediazione non andata a buon fine non dovrebbe restare, in concreto, alcuna traccia.

[42] Solo alcuni Tribunali per i minorenni possono giovare di Uffici per la mediazione, che ricevono riconoscimento e legittimazione attraverso i c.d. Protocolli di intesa. Tra i primi a stipulare tali protocolli di intesa i Tribunali per i minorenni presso le Corti di Appello di Milano e di Torino.

[43] V. D.leg. 28 agosto 2000, n. 274.

[44] La legge introduce inoltre un catalogo di sanzioni – pena pecuniaria, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità – applicabili ai soli reati di competenza del giudice di pace, alle quali si ricorre, in via esclusiva, per i reati non perseguibili a querela oppure, in via sussidiaria, per i reati perseguibili a querela quando il tentativo di composizione del conflitto attraverso la mediazione/riparazione non sia andato a buon fine.

[45] Tale riforma si inserisce, in anticipo sui tempi, nel tracciato della decisione quadro del Consiglio d'Europa del 15 marzo 2001 che incoraggia, nel contesto di una maggiore tutela delle vittime, il ricorso alla mediazione e l'effettività del diritto delle vittime ad essere informate sulla vicenda processuale. V., in particolare, l'art. 10 di detta Decisione quadro, secondo il quale: “Ciascuno Stato membro provvede a promuovere la mediazione nell'ambito dei procedimenti penali per i reati che sono idonei per questo tipo di misura. Ciascuno Stato membro provvede a garantire che eventuali accordi presi tra la vittima e l'autore di reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione”.

[46] Sul punto, SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 497 ss.

[47] Il giudice, a norma dell'art. 35, comma terzo, può sospendere il processo per un periodo non superiore a tre mesi per consentire al reo di provvedere alla riparazione.

[48] Cfr. ancora ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., p. 20 ss. Sul contributo di mediazione e riparazione alla riduzione di comportamenti indesiderati attraverso la c.d. “situational crime prevention” cfr. CLARKE, “Situational Crime Prevention”, in TONRY-FARRINGTON, *Building a Safer Society*, University of Chicago Press, 1995.

[49] Quando la richiesta di esclusione della punibilità proviene dal pubblico ministero, il giudice può dichiarare la non procedibilità per tenuità del fatto con decreto d'archiviazione solo se “non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento” (art. 34, comma secondo). La dichiarazione della particolare tenuità del fatto con sentenza è condizionata alla mancata opposizione della persona offesa.

[50] La stima indicata nel testo è stata effettuata sulla base delle rilevazioni, eseguite rispetto al quinquennio 1994-1998, circa la frequenza di commissione dei reati procedibili a querela che saranno di competenza del giudice di pace.

[51] In definitiva, se si vuole pensare anche ad un effetto deflattivo per la mediazione rispetto alla giustizia degli adulti occorrerebbe innalzare, la soglia di gravità dei reati mediabili, disciplinando, nel rispetto delle garanzie di tutte le parti processuali, gli effetti che la mediazione può avere sulla definizione anticipata del processo e con ciò superando i confini angusti dettati dall'istituto della “querela”. Cfr. KILCHLING – LÖSCHNIG-GSPANDL, *Legal and practical perspectives on victim/offender mediation in Austria and Germany*, in *International Review of Victimology*, 1999, p. 9 ss.

[52] In proposito, è stato sottolineato in dottrina che quando rispetto a certi episodi criminosi viene riconosciuta una forte richiesta di pena dipende dal fatto che l'ordinamento “non offre nient'altro che la pena (nella sostanza) retributiva” per ribadire il “buon diritto alla tutela di una posizione che, invece, è stata aggredita e,

dunque, quale strumento per affermare non solo in astratto, ma anche rispetto a ciò che è concretamente avvenuto, il giudizio di disvalore verso un certo tipo di condotta ingiusta, che ha cercato di imporsi con la forza (...)”. Così, EUSEBI, Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”, in PICOTTI (a cura di), La mediazione nel sistema penale minorile, cit., p. 86 (v. anche p. 81 ss.).

[53] SATTA, Il mistero del processo, Milano, 1994, p. 25.