

di **Grazia Mannozi**

Giustizia penale e giustizia riparativa: alternative o destini incrociati?

I. L'orizzonte di riferimento: diritto penale e dinamiche sanzionatorie

Ad un osservatore attento delle dinamiche dei sistemi giuridico-penali non può sfuggire come la domanda e l'offerta di giustizia si sottraggano progressivamente ad una visione unidirezionale del «giusto» e si affranchino dalla concezione «monolitica» dell'indefettibilità della pena come risposta al reato. Lo si può constatare seguendo l'evoluzione del sistema penale nel suo complesso e, in particolare, osservando la diversificazione dell'«arsenale sanzionatorio» nonché le variazioni subite dalla criteriologia commisurativa della pena detentiva.

Comincerò proprio da una riflessione su quest'ultimo tipo di pena – la «detenzione» quale strumento cardine del diritto penale – divenuta ormai prospettiva labile ed incerta e «percorso» flessibile ed aperto: da un lato, infatti, l'autore del reato, attraverso la scelta del rito processuale, diventa «artefice» della misura della propria condanna; dall'altro lato, la magistratura di sorveglianza può operare modifiche radicali, qualitative e quantitative, su una pena che è spesso, già in partenza, attestata sui minimi edittali e ulteriormente ridotta per l'azione sinergica delle attenuanti e del rito processuale. Ciò che rimane, in termini di pena da eseguire, è un pallido simulacro della risposta sanzionatoria originariamente assegnata dal legislatore ai singoli illeciti, secondo criteri di proporzione e ragionevolezza legati alla gerarchia dei beni giuridici individuata dal Codice Rocco, ancorché quest'ultima da tempo non appaia più in linea con le moderne codificazioni europee.

Anche il *finalismo* che sorregge la commisurazione della pena, nonostante l'esplici-

to orientamento teleologico espresso dalla Carta costituzionale, appare, soprattutto dopo le recenti novelle del c.d. «pacchetto sicurezza»¹, come legato ad una bussola impazzita. Una stagione di riforme settoriali, il più delle volte non ben coordinate né tra loro né con il sistema, ha minato infatti ogni tentativo di razionalizzazione delle finalità della pena, introducendo irrigidimenti sanzionatori legati ad istanze generalpreventive e scardinando perciò quell'ideale rapporto gerarchico che, nella metodica commisurativa, assegna alla *prevenzione speciale* un ruolo dominante, sia pure nel limite della misura di pena dettata dalla *retribuzione* della colpevolezza.

Neppure il dibattito scientifico sui criteri finalistici della pena, peraltro ormai scarno, riesce a far emergere, ancorché in filigrana, una ragionevole sistematica degli scopi delle sanzioni, i quali appaiono semplicemente giustapposti finendo con il restituire, loro malgrado, all'interprete un'immagine sfocata e incerta dell'ormai nota teoria polifunzionale della pena². Persasi ogni unitarietà o gerarchizzazione del teleologismo della sanzione, il legislatore, nei suoi interventi più recenti, ha di fatto mostrato di ragionare (forse inconsciamente) per «fasce criminali» o per «titoli criminosi»³, privilegiando, a seconda della tipologia di reato o di autore, logiche di pura *neutralizzazione* (destinate in particolare ai «nemici» veri o presunti della società: si pensi, rispettivamente, agli appartenenti alla criminalità organizzata e agli immigrati), logiche di *minimizzazione*

ne della pena o *ricongiuntive* (si pensi alla criminalità di competenza del giudice di pace), oppure esigenze *(ri)educative* (si pensi ai reati commessi da minorenni), o ancora necessità di *contenimento/non desocializzazione* (il riferimento è alla criminalità comune) o, infine, malcelate ragioni di *clemenza* (queste ultime destinate ai c.d. «colletti bianchi», quasi mai attinti dalla sanzione penale e dallo stigma criminale).

In sostanza, ciò che emerge è una progressiva quanto inquietante separazione del diritto penale in due paradigmi che, come «idealtipi», rispecchiano la dicotomia diritto penale «del nemico» (*Feindstrafrecht*) vs. diritto penale «del cittadino» (*Bürgerstrafrecht*) elaborata da Jakobs o al diritto penale «a due velocità» indicato da Silva Sanchez.

Anche il ricorso al c.d. *patteggiamento* «confonde le carte» commisurative, sebbene quest'ultimo venga applicato secondo una frequenza statistica che si attesta attorno al 40% dei casi, ben lontana da quella nordamericana (dove con il *plea bargaining* viene gestito circa il 90% dei casi giudiziari), la quale, in un sistema processuale di tipo *adversary*, è indispensabile per contenere al massimo la quota di processi da trattare secondo il rito ordinario, in modo da consentirne lo svolgimento in tempi ragionevoli. La pena patteggiata smarrisce definitivamente ogni razionalità di scopo, essendo irrintracciabile un criterio di legittimazione *sostanziale* che ne giustifichi una così ridotta misura, la quale si rivela funzionale, a conti fatti, quasi esclusivamente ad esigenze di economia processuale e di semplificazione probatoria.

Il carcere, dal canto suo, contenendo in prevalenza – come dimostrano i dati statistici sulla popolazione carceraria – un'umanità iper-selezionata su base so-

1 In generale, sugli interventi normativi riconducibili al c.d. «pacchetto sicurezza», V. O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Giappichelli, Torino, 2009.

2 V., per tutti, G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297 s.

3 Cfr. F. Palazzo, *Le condizioni generali per la riforma del sistema sanzionatorio*, in P. Pisa, *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 320 s.

cio-economica e razziale, rivela in modo impietoso il fallimento di politiche penali e sanzionatorie quasi mai sostenute da studi di impatto e spesso avviate su onde emotive supportate, se non addirittura etero-dirette, da una sapiente rappresentazione mediatica del crimine concentrata su fatti sensazionalistici o tali da produrre allarme sociale e che presenta, in generale, uno «scollamento» più o meno marcato dal dato statistico-criminologico.

Iper-rappresentati nelle patric galere sono infatti extracomunitari e recidivi, ancorché spesso autori di microcriminalità comune il cui potenziale lesivo non è neppure paragonabile a quello di macro-episodi delittuosi contro l'economia o i mercati. Del tutto assenti dagli istituti di pena, invece, se non con rare eccezioni, sono i *white collars*, per i quali tattiche processuali dilatorie e benefici penitenziari pensati in logica risocializzativa – inservibile quanto improduttiva se applicata a soggetti privi di carenze di socializzazione o di istruzione – riescono a annientare ogni pretesa punitiva.

Oltrepassata anche la soglia della «capacità tollerabile» delle prigionie (il che implica una situazione di perenne emergenza legata alla sovrappopolazione carceraria), con sempre maggiori difficoltà la pena detentiva riesce a raggiungere l'obiettivo tendenziale della rieducazione, accontentandosi della mera non desocializzazione e finendo inesorabilmente con il produrre – sia consentito qui di adattare le parole di Bauman pensate per altro contesto sociale – «vite di scarto»⁴.

2. L'incontro tra sistema penale e giustizia riparativa

In siffatto orizzonte del sistema penale ha fatto ingresso, quasi in punta di piedi, un paradigma di giustizia alternativo – quello della *giustizia riparativa* – che sembra promettere molto, e che tuttavia non è scevro da rischi, verso il quale gli operatori del diritto hanno a tutt'oggi mostrato di nutrire un atteggiamento ambivalente, che oscilla tra i poli opposti dell'adesione fideistica e del rifiuto aprioristico.

4 Z. Bauman, *Vite di scarto*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

Orientata alla tutela delle vittime e alla ricostituzione del legame sociale spezzatosi con il reato e ulteriormente frantumato dalla vicenda processuale, la giustizia riparativa è una giustizia che non fa rumore, che non giunge all'attenzione mediatica, che si fonda, più che sul rito e su un involucro di garanzie atte a tutelare il reo dalla «violenza dello Stato», sull'incontro dialogico tra le parti in conflitto volto a promuovere il riconoscimento, da parte del reo, della propria responsabilità e del male arrecato attraverso il reato e ad incoraggiare condotte riparative che possano essere accolte con favore dalle vittime. La *mediazione*, che della giustizia riparativa costituisce il principale strumento operativo – è il luogo delle parole: attività informale ma regolata, la mediazione è intrinsecamente un processo dialettico di attivazione della conoscenza dell'altro⁵, che si svolge secondo un procedimento con il quale un terzo neutrale (il mediatore) tenta, mediante scambi comunicativi tra le parti, di permettere a queste ultime di confrontare i loro punti di vista e di cercare una soluzione al conflitto che le oppone⁶. La mediazione offre dunque uno «spazio protetto di ascolto» in cui il conflitto, con l'ausilio del mediatore, viene riletto comunitariamente dalle parti *all'insegna del precetto penale*, affinché vengano promossi comportamenti di riparazione/riconciliazione *all'insegna dell'etica della responsabilità*.

La ricostruzione della parabola d'ingresso della giustizia riparativa nel nostro ordinamento mostra come il sistema penale ne abbia progressivamente inglobato gli strumenti cardine – *mediazione tra autore e vittima, condotte riparative e/o riconciliative* – adattandoli ai vari sottosistemi (diritto penale minorile, giustizia amministrata dal giudice di pace, responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche).

«Flessibilità»: questa sembra ormai la parola d'ordine dei sistemi giuridici contemporanei che accolgono strumenti e metodi della giustizia riparativa, regolandone

il «dialogo» con istituti e strutture del diritto e del processo penali. Di tal che, la commissione di un reato apre percorsi giuridici diversificati, che assomigliano al «giardino dei sentieri che si biforcano» di borgesiana memoria⁷: molteplici infatti possono essere i risultati di un evento – il crimine –, ognuno dei quali conduce ad una ulteriore moltiplicazione di conseguenze, in una continua «ramificazione» di scenari possibili (a titolo di esempio, possono far seguito alla commissione di un reato, a seconda dei casi: la condanna a pena pecuniaria, o a pena detentiva sospesa oppure da eseguire, o a una delle sanzioni sostitutive, l'applicazione di una delle misure alternative alla detenzione; la sospensione del processo con messa alla prova; l'estinzione del reato per condotte riparative; la condanna a sanzione pecuniaria o la paralisi delle sanzioni alternative e/o la riduzione della pena pecuniaria per l'ente che abbia posto in essere condotte riparative e risarcitorie).

Ripercorrendo diacronicamente le dinamiche di penetrazione del modello riparativo e mediatore è obbligatorio partire dall'esperienza nel settore del diritto penale minorile, dove inizialmente sono stati recuperati spazi normativi «interstiziali» – penso all'art. 9 del D.P.R. 448/1988 – per consentire di utilizzare la mediazione come tecnica di *diversion*, volta a riempire di contenuti i meccanismi che possono portare al proscioglimento per irrilevanza del fatto *ex art.* 27 D.P.R. 448/1988 o ad orientare in senso riparativo la messa alla prova prevista dal successivo articolo 28. Nel contesto della giustizia minorile, in assenza di uno sbarramento verso l'alto della gravità dei reati mediabili, la mediazione ha potuto essere sperimentata anche per la gestione di reati oggettivamente e soggettivamente gravi, conducendo a risultati sorprendenti sia sotto il profilo della riacquisizione dei valori violati e della presa in carico dei bisogni e del disagio delle vittime da parte del reo, sia sotto quello del livello

5 Sia consentito il rinvio a G. Mannozzi, *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 359.

6 In questo senso, J.P. Bonafé-Schmitt, *La médiation: une justice douce*, Paris, 1992.

7 La suggestione letteraria viene dal racconto di J.L. Borges *Il giardino dei sentieri che si biforcano*, in *Finzioni*, (1941), Mondadori, Milano, 1984.

di soddisfazione delle vittime rispetto al percorso di mediazione/riparazione⁸.

L'esito positivo ottenuto, nell'ambito della giustizia minorile, dall'impiego della mediazione, benché quest'ultimo sia avvenuto rispetto ad un numero limitato di casi visto il carattere sperimentale dell'intero sistema riparativo, ha consentito di guardare con fiducia alla possibilità di istituzionalizzare modelli riconciliativi di composizione delle controversie per la microcriminalità degli adulti contrassegnata da un livello di gravità medio-basso. Ciò è avvenuto attraverso la creazione, pensata prevalentemente con intento deflativo, della competenza penale del giudice di pace, al quale è stata demandata la possibilità di gestire attraverso la mediazione tutti i reati procedibili a querela che ricadono sotto la sua competenza.

Per la prima volta, dunque, la «mediazione» penale ha ricevuto una previsione legislativa espressa, entrando a pieno titolo nel sistema quale modalità di gestione dei conflitti nascenti da reato *alternativa* al processo e alla pena, sia pure all'interno del microcosmo sanzionatorio del giudice di pace. In concreto, il diritto penale può delegare ad agenzie esterne (gli uffici di mediazione), laddove il giudice di pace non ritenga di operare egli stesso come mediatore, la definizione della controversia, salvo poi riappropriarsi del risultato della mediazione stessa, declinandolo, se positivo, nelle forme dell'estinzione del reato per avvenuta remissione della querela ex art. 29 o dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie ex art. 35 D.lgs. 271/2001.

In definitiva, i sotto-sistemi del diritto penale minorile e della giustizia amministrata dal giudice di pace hanno accolto gli strumenti riconducibili al c.d. «*classic model*»⁹ di giustizia riparativa: la *mediazione* e la *riparazione*, intese quali forme extragiudiziali ed alternative di composizione dei conflitti originati da un reato o che si sono espressi attraverso un reato.

8 Cfr. A. Mestiz (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come, quando*, Carocci, Roma, 2004, p. 69 ss.

9 K.E. Bloch, *Reconceptualizing Restorative Justice*, in *Hastings Race and Poverty Law Journal*, 2010, p. 201 ss.

Per la prima volta, dunque, la «mediazione» penale ha ricevuto una previsione legislativa espressa, entrando a pieno titolo nel sistema quale modalità di gestione dei conflitti nascenti da reato alternativa al processo e alla pena

Strumenti pensati, dunque, come vere e proprie tecniche di *diversion* volte ad evitare che l'autore del reato entri in contatto con il sistema penale e che il conflitto rischi di essere radicalizzato dalla vicenda processuale fino a trasformarsi in «dissidio», attraverso un percorso di progressivo straniamento reciproco delle parti¹⁰. Gli intenti deflativi, prevalentemente legati alla mediazione operata nell'ambito della competenza del giudice di pace, non hanno di fatto alterato la natura comunicativa, conciliativa e responsabilizzante della mediazione, che si è mantenuta nelle sue forme «pure» di incontro tra reo e vittima condotto dal mediatore quale terzo neutrale equidistante (o meglio, «equivicino») alle parti in conflitto e suddiviso nelle quattro fasi tradizionali (valutazione/presa in carico del caso; acquisizione del consenso a mediare e preparazione della mediazione; incontro «faccia a faccia»; fase del *follow up*).

10 Insuperato, in questa prospettiva, resta il saggio di N. Christie, *Conflicts as Property*, in *British Journal of Criminology*, 1978, vol. 17, p. 1.

3. Le ibridazioni della giustizia riparativa nel dialogo con la giustizia penale.

Il ricorso alla mediazione e alla riparazione nel nostro ordinamento non si è tuttavia limitato a concretizzare modalità di *diversion* volte ad una rapida fuoriuscita del minore dal circuito processuale o ad una gestione extragiudiziale della criminalità perseguibile a querela di competenza del giudice di pace. Un dialogo sommo, ma non per questo meno importante, è stato avviato, per esempio, tra la *riparazione* e l'*esecuzione della pena nelle forme dell'affidamento in prova al servizio sociale*, attraverso l'art. 47, n. 7, dell'ordinamento penitenziario, che prevede che «l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato». Ne sono seguite formulazioni dell'affidamento in prova il cui corredo di prescrizioni è stato arricchito dall'indicazione di condotte riparative orientate alla vittima del reato o alla comunità, entità, quest'ultima, che può diventare non solo il contesto in cui si svolge la riparazione ma anche il destinatario diretto di condotte riparative.

Altrettanto importante, sebbene ampiamente sottovalutata, mi sembra la possibilità che la mediazione e la riparazione «dialoghino» con il *sistema commisurativo*¹¹; ciò può avvenire attraverso una piena valorizzazione del parametro fattuale di cui all'art. 133, comma 2, n. 3 c.p., che consente al giudice di valutare la «condotta susseguente al reato». Criterio commisurativo negletto e per lo più utilizzato in *malam partem* (ad esempio per valutare in senso aggravante condotte di crudeltà o riti macabri *post delictum*), la condotta susseguente al reato sconta la dipendenza mai superata dalla c.d. «teoria indiziaria», che ne fa, riduttivamente, uno strumento atto a gettare luce unicamente sulla colpevolezza dell'offeso da misurare in chiave retributiva. Il parametro della condotta susseguente al reato potrebbe invece uscire dalla prospettiva solipsistica e criminologicamente obsoleta del modello

11 Per un più ampio sviluppo del rapporto tra giustizia riparativa e sistemi commisurativi mi permetto di rinviare al mio precedente scritto *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in C.E. Paliero, E. Dolcini, *Studi in onore di G. Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1129 ss.

«indiziario» per accedere ad un più ampio orizzonte ermeneutico, che consenta di includere anche quei comportamenti cronologicamente posteriori all'illecito che «non siano suscettibili di acquistare alcun particolare significato, né possano «illuminare» in nessun modo la condizione psichica del soggetto nel momento della realizzazione criminosa»¹². Attraverso tale criterio fattuale di commisurazione potrebbe infatti trovare spazio adeguato la valutazione di quelle condotte antagonistiche dell'offesa che implicano forme di «regressione del danno»: mi riferisco alle ipotesi di riparazione soltanto parziali o che non comportano la totale elisione delle conseguenze dannose o pericolose dell'illecito, le quali non potrebbero altrimenti essere valutate stante il carattere tassativo delle norme penali concernenti l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 o il pentimento operoso previsto dall'art. 56, comma 4, c.p.

In particolare, se la condotta susseguente al reato venisse valutata, anziché in chiave retributiva, in ottica specialpreventiva, potrebbe assolvere alla funzione di allargare la base del giudizio prognostico circa la futura capacità a delinquere del reo. La mediazione e la riparazione potrebbero assolvere, in tal modo, una funzione più pregnante, consentendo di accogliere nella prospettiva della valutazione della capacità a delinquere del reo condotte temporalmente staccate dal fatto ma idonee a riflettere un diverso «bisogno di pena» del soggetto legato alla revisione del vissuto criminale alla luce di comportamenti riparativi.

Osserva al riguardo Pulitanò che le condotte susseguenti «rivelano (...) l'atteggiamento del soggetto nel momento in cui sono tenute: e il rapporto con la colpevolezza può essere il più diverso. Proprio le condotte susseguenti di maggiore pregnanza (reintegratorie, di collaborazione, espressive di pentimento) pongono con particolare acutezza la questione della rilevanza di qualcosa che, lungi dall'essere un indizio congruente con la colpevolezza per il fatto, si staglia come sua (oggettiva e/o soggettiva) antitesi. Di qui l'allargamento

¹² G. Contento, *La condotta susseguente al reato*, «Leonardo Da Vinci» Editrice, Bari, 1965, p. 202.

del modello indiziario, nel senso che la capacità indiziante di ante e post-fatto non riguarderebbe esclusivamente la colpevolezza ma anche l'attualità e la misura e il tipo delle esigenze di risposta legale al fatto commesso, alla luce dell'attuale modo di essere dell'agente»¹³.

Un siffatto utilizzo del parametro fattuale sopra citato comporterebbe dunque la possibilità concreta e non meramente astratta di includere, a fini commisurativi, quelle condotte, estranee (anche in chiave indiziaria) alla dimensione della tipicità delle singole norme incriminatrici, che segnano una *inversione di rotta* rispetto alla condotta delittuosa, volgendo in direzione della *riconciliazione con la vittima* o della *riparazione del danno*; il risultato di politica sanzionatoria che ne deriverebbe andrebbe nella direzione dell'allargamento della operatività della giustizia riparativa, risultandone in particolare vitalizzata quella componente che è in grado di «dialogare» con la giustizia penale.

Proprio la dimensione dialogica tra mediazione e riparazione, da un lato, e sistema penale, dall'altro, da utilizzare per modulare risposte pur sempre declinate in chiave punitiva, porta a riflettere sulla esistenza di un c.d. «modello ibrido» di giustizia riparativa, in cui mediazione e riparazione dismettono i panni delle tecniche di *diversion* per entrare in rapporto di risonanza con la gestione giudiziale ordinaria del conflitto.

Tale ibridazione di istituti nati in seno alla *restorative justice* dimostra anzitutto la permeabilità dei sistemi penali rispetto alle diverse istanze della giustizia riparativa: la cultura riparativa è capace di attraversare «trasversalmente», come dimostra l'indagine comparatistica sulla *restorative justice*, i diversi ordinamenti giuridici (sia di *civil law*, sia di *common law*), indipendentemente dalla struttura e dalle tradizioni che li contraddistinguono.

4. La mediazione civile: evoluzione o involuzione del modello classico di mediazione?

Nella direzione da ultimo evocata, e ad ul-

¹³ D. Pulitanò, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1009.

teriore riprova del processo di ibridazione subito progressivamente dalla mediazione, credo che possa essere letta la scelta di introdurre forme di mediazione anche nell'ambito del contenzioso civile. Attraverso il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, attuativo della riforma del processo civile operata con l. 69/2009, sono state introdotte, allo scopo di alleggerire il carico giudiziario, tre forme di mediazione, diversificate a seconda del meccanismo di attivazione: *mediazione facoltativa* (liberamente scelta dalle parti), *mediazione obbligatoria* (prevista per una serie tassativa di materie del contendere, a pena di improcedibilità) e *mediazione giudiziale* (proposta dal giudice sulla base di una valutazione delle caratteristiche del caso concreto).

Dal testo della legge, tuttavia, emerge come il modello di mediazione ivi formalizzato costituisce una versione impoverita ed esangue della mediazione penale, intesa quest'ultima come triangolazione della controversia attraverso la ricerca di un linguaggio comune che conduca le parti al superamento del conflitto. La possibilità che la mediazione venga imposta o che venga effettuata *in via telematica* – prescindendo così dall'incontro «faccia a faccia» tra le parti – snaturano, per così dire, «l'anima» della mediazione, da intendersi come incontro all'insegna dell'empatia e del riconoscimento reciproco.

L'estensione al diritto civile e la necessità di istituire un «esercito» di mediatori sembra avviare una sorta di «involuzione» della mediazione, almeno per come essa è stata sperimentata nel settore penale, che rischia di regredire inesorabilmente alle forme sociologicamente elementari del negoziato attraverso reciproche concessioni o della ricerca di una cooperazione finalizzata al raggiungimento di un accordo. La mediazione penale, per la delicatezza e la complessità della materia trattata e soprattutto per il metodo che la contraddistingue, fondato sulle categorie del dialogo e dell'empatia¹⁴, possiede

¹⁴ G.A. Lodigiani, *La relazione educativa: le categorie incontro ed empatia fondamenti filosofico-sociologici dell'educazione*, C.L.U., Pavia, 2005 (tra i molti riferimenti v. p. 9-10 e 12, sul ruolo del linguaggio e dell'ascolto; p. 39 s. e 45 sull'empatia).

uno «spirito» diverso; essa da spessore ad un'etica della responsabilità atta a veicolare il passaggio da una responsabilità per il passato, ascrivita dal giudice e passivamente accettata dal reo, ad una responsabilità che impegna il futuro, attiva perché indirizzata verso l'altro, nonché riconosciuta e promossa dal reo stesso.

L'adozione di modelli *generalizzati* di ricorso ad una mediazione che, privata del suo «anima» più nobile, si colloca quale strumento pragmatico di soluzione delle controversie nel più ampio contesto delle tecniche di *alternative dispute resolution* (ADR), sebbene confermi l'apertura dell'ordinamento verso spirito e tecniche della conciliazione, può presentare un risvolto ambiguo e inquietante. Vi è il rischio infatti che prassi standardizzate di mediazione/conciliazione avviate dai nuovi «professionisti della *restorative justice*» veicolino un ordine imposto (e con esso talune disuguaglianze) attraverso strumenti e tecniche «non autoritarie» e apparentemente non invasive, ma non per questo meno pericolose o esenti da effetti collaterali.

Questa considerazione deriva dalla chiave di lettura proposta da Ugo Mattei e Laura Nader secondo i quali occorre cautela nell'accogliere l'ADR quando essa «viene presentata come un'alternativa pragmatica e vantaggiosa ai possibili eccessi di litigiosità»¹⁵; in sostanza, come una cura ad un «costo sociale più basso».

«Al giorno d'oggi – affermano gli Autori – le riforme giuridiche vanno sempre più in direzione di una standardizzazione e ritualizzazione dell'ADR o della IDS, per adeguarsi alle strategie del potere globale in modo da *cancellare le differenze* dovute a disparità di potere o alla diversità o al contrasto di stili culturali. La ADR diventa così nient'altro che un nuovo sistema di giustizia, tecnico e professionale, con i suoi specialisti e i suoi professionisti, facendo perdere la potenziale funzione emancipatrice (per la parte

15 U. Mattei, L. Nader, *Plunder. When the Rule of Law is illegal*, Blackwell Publishing, Malden-Oxford-Victoria, 2008, trad. it. *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Mondadori, Milano-Torino, 2010, p. 86 (della trad.).

più debole) di un uso contro-egemonico dei tribunali pubblici. Il passaggio dai tribunali pubblici ai collegi arbitrali privati, dalla risoluzione giudiziale formale alla giustizia informale o negoziata, è parte della tendenza generalizzata a privatizzare ogni cosa, dalle carceri alle istituzioni del welfare. Non può sorprenderci quindi la presenza di clausole che prevedono la ADR in molti contratti standard, dove banche, compagnie di assicurazioni o di comunicazioni e corporation offrono volentieri la propria «giustizia privata» ai loro clienti»¹⁶.

In tale direzione potrebbe essere letta, ad esempio, la tendenza, in atto negli Stati Uniti d'America, a creare modalità di ADR per gestire le controversie nel settore sanitario, principalmente legate alla *malpractice* in ambito medico-chirurgico¹⁷.

Con specifico riguardo al settore sanitario, la giustizia riparativa non appare scevra da ambivalenze, potendo presentare tanti vantaggi quanti possono essere i rischi.

La mediazione può senz'altro rivelarsi uno strumento prezioso sia nella prospettiva della prevenzione, sia in quella di *problem solving*, rispetto a conflitti su scelte terapeutiche destinate soggetti minorenni¹⁸, su terapie o interventi connotati da una particolare aleatorietà o rispetto decisioni concernenti le problematiche di fine vita: qui la mediazione potrebbe utilmente inserirsi un percorso di ascolto, contribuendo a dare spessore ed effettività alle dinamiche e ai contenuti del *consenso informato*.

Viceversa, scorgo il rischio che, dietro

16 In questi termini U. Mattei, L. Nader, *Il saccheggio*, cit., p. 86 s.

17 R.E. Farbiaz, *Victim-offender Mediation: a new Way of Disciplining America's Doctors*, in *Mich. St. J. Med. & Law*, 2008, p. 383. Sul ricorso alla giustizia riparativa in ambito sanitario v. anche il progetto italiano volto a ridefinire l'ambito di rilevanza della colpa medica e a proporre percorsi di mediazione in caso di conflitto derivante da reato, progetto presentato e commentato in G. Forti et al. (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, ETS, Pisa, 2010, opera alla quale si rinvia integralmente per la ricchezza del dibattito e la completezza di riflessione sull'argomento.

18 Cfr. A. Tognoni, *Spazi di ADR nei conflitti in ambito sanitario*, in F. Scaparro, *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001, p. 283 ss.

È necessario essere prudenti rispetto alla tendenza riformista globale volta a «cercare modalità elastiche nella risoluzione delle controversie, che avvantaggino la parte più forte

l'introduzione di forme conciliative per i casi di *malpractice*, soprattutto se queste ultime sono standardizzate e gestite programmaticamente dai nuovi «professionisti della mediazione», possa celarsi l'intento di una tutela di interessi «corporativi» a scapito degli interessi delle vittime, caratterizzate, in siffatto contesto, dall'essere particolarmente deboli o vulnerabili.

In definitiva, senza disconoscere le potenzialità della giustizia riparativa – specie quando essa è autenticamente volta a prendersi cura delle vittime, come nelle migliori esperienze di mediazione penale, documentate dalla letteratura internazionale, impiegate in ambito minorile e nel contesto dei c.d. «delitti di relazione» – è necessario essere prudenti rispetto alla tendenza riformista globale volta a «cercare modalità elastiche nella risoluzione delle controversie, che avvantaggino la parte più forte. È fondamentale – e riprendo ancora una volta le parole di Mattei e Nader – comprendere come vengono fabbricate tecnologie giuridiche «morbide» come la ADR, e come queste si adattino bene al saccheggio»¹⁹.

19 U. Mattei, L. Nader, *Plunder*, cit., p. 88.

L'autore

Grazia Mannozi | Professore ordinario di diritto penale nell'Università dell'Insubria