

# **Mediaries**

**semestrale sulla mediazione**

**n. 17-18**  
**gennaio-dicembre 2011**  
**numero doppio**



Just/2010/JPEN/OG/1673

Questo volume della Rivista è stato finanziato dal Criminal Justice  
Programme of the European Union

Questo numero viene inviato a quanti in regola con l'abbonamento al 31.12.2011

DIRETTORE RESPONSABILE

Anna Coppola De Vanna (Bari).

DIRETTORE SCIENTIFICO

Franco Occhiogrosso (Bari).

COMITATO SCIENTIFICO

Rita Grazia Ardone (Roma), Jaime Martin Barberan (Spagna), Jean Pierre Bonafé-Schmitt (Lione), Marco Bouchard (Torino), Magda Brienza (Roma), Giacinto Calfapietro (Bari), Jacques Calmettes (Marsiglia), Pasquale Chianura (Bari), Johan Deklerck (Belgio), Frieder Dunkel (Greifswald), Uberto Gatti (Genova), Guglielmo Gulotta (Torino), Marisa Malagoli Togliatti (Roma), Gabrielle Maxwell (Nuova Zelanda), Claudius Messner (Lecce), Jacqueline Moreineau (Parigi), Luigi Pannarale (Bari), Lisa Parkinson (Bristol), Gianvittorio Pisapia (Padova), Valerio Pocar (Milano), Eligio Resta (Roma), Paola Ronfani (Milano), Anamaria Sanchez (Firenze), Fulvio Scaparro (Milano), Marie Claude Talin (Provence), Irene Thery (Parigi), Giancristoforo Turri (Trento), Marc Umbreit (Minnesota).

COMITATO DI REDAZIONE

Angela Balzotti, Anna Baldry, Alessandro Bruni, Isabella Buzzi, Titti Calfapietro, Adolfo Ceretti, Claudia Chiarolanza, Elio Cirimbelli, Roberto Cornelli, Fulvia D'Elia, Aurelia Dessì, Ilaria De Vanna, Anna Rosa Favretto, Maurizio Lozzi, Francesca Maieli, Silvia Mazzoni, Luciana Petroni, Lindsay Phillips, Milena Pieri, Savina Pinna, Paola Re, Gilda Scardaccione, Rosanna Tremante, Laura Villata.

COORDINAMENTO DI REDAZIONE

Fulvia D'Elia, Milena Pieri, Gilda Scardaccione.

EDITING-GRAFICA

Dario Pignone.

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Fulvia D'Elia, C.R.I.S.I. S.c.a.r.l. (via Amendola, 120 - 70126 Bari)  
tel/fax: 080.5534833 - 080.5585056; media\_res@libero.it.

STAMPA

Martano Editrice S.r.L Zona Industriale (LE) 73100

EDITORE

edizioni la meridiana, via G. Di Vittorio 7 Molfetta (www.lameridiana.it)

Registrazione del Tribunale di Bari n. 1588 del 17/10/2002.

## In questo numero

### Editoriale

di Anna Coppola De Vanna 7

### Studi e ricerche

Martin Wright  
*Restorative justice: a new response to crime and conflict* 11

Andrea Cannone  
*I diritti delle vittime nel panorama legislativo internazionale* 57

Gianpaolo Impagnatiello  
*La mediazione penale nel quadro degli strumenti di alternative dispute resolution* 75

Anna Coppola De Vanna  
*La mediazione come strumento d'intervento sociale* 105

Andrea Tünde Barabás  
*Procedural rights and dignity of victims in Hungary* 131

Armando Saponaro  
*Paradigmi e modelli di victim-oriented justice nel sistema penale* 185

Olivia Mons  
*Panorama européen des organismes d'aide aux victimes* 223

Silvio Ciappi  
*Sicurezza urbana tra repressione, partecipazione e nuova punitività* 283

Lidia Ayora Mascarell	
<i>Criminalità minorile: riflessioni dal punto di vista riparativo</i>	299
Johan Deklerck	
<i>The Mediation Process. Going from "Autumn" to "Spring"</i>	311
Antonio Buonatesta	
<i>La place de la médiation dans une politique en faveur des victimes. Réflexion au départ du modèle belge</i>	359
Ignazio Grattagliano	
<i>Ascolto delle vittime: aspetti criminologici e psichiatrico forensi</i>	385

# Mediares

17-18/2011





## Editoriale

di Anna Coppola De Vanna

Mediares esce con un solido e corposo numero unico che chiude un ciclo per aprirne un altro. “Uscita-ponte” questa, numero di passaggio che ci traghetta nella scuderia di un’altra prestigiosa casa editrice da sempre attenta ai nostri temi e storicamente impegnata nella ricerca e nella divulgazione delle scienze sociali: ma con uno sguardo sempre profondo, un umanesimo integrale che rifugge l’asetticità, scompiglia i dogmi, anticipando spesso saperi controcorrente che poi diventano *mainstream*. Una militanza libera e illuminata – il cui impegno e prestigio è ormai da tempo riconosciuto nell’industria culturale nazionale – che non poteva non incrociarsi con la nostra specificità, come difatti è successo.

Questo numero monografico è il frutto di un Corso di alta professionalizzazione e perfezionamento il cui titolo («Mediazione penale e diritti delle vittime») non rende sufficiente onore alla complessità e varietà dei temi affrontati. Difatti, pur se focalizzato sulla figura della vittima e sulla scienza che ne studia i contorni, nel corso ci sono state relazioni non propriamente basate sulla “vittimologia” ma che hanno spaziato in altri luoghi della nostra geografia: dalla giustizia riparativa alle nuove forme di sicurezza urbana, passando per le zone d’ombra dell’ADR o per l’impatto

sociale della mediazione comunitaria come strumento di intervento responsabile. Come di consueto, e secondo il nostro stile, abbiamo assemblato pezzi con timbri e linguaggi diversi con la fiducia che dal loro accostamento possano partire fiammelle per nuove idee e nuove connessioni. Studi più tecnici e serrati si alternano a scritture più teoriche e speculative per una lettura dal respiro più ampio. E la riconosciuta autorevolezza professionale dei relatori fa da amalgama evitando i possibili attriti della multidisciplinarietà. Se per i cultori del diritto sarà scontato sapere che «*Common law* si contrappone a *Civil law*» e che «*Common law* è usato come sinonimo di diritto anglosassone, mentre *Civil law* indica i sistemi giuridici “romanistici” propri dei paesi dell’Europa continentale», forse non lo è per mediatori di diversa origine professionale. Ad esempio imparare che «per *Common law* si intende un sistema giuridico di diritto non codificato che si basa su un modello di “precedente giurisprudenziale”, attraverso il quale i giudizi vengono stabiliti sulla base di altre precedenti sentenze di casi tra loro molto simili, consolidandosi nel tempo» a differenza dei «sistemi di *Civil law* [che] si basano su diritti codificati, ovvero un sistema di norme suddivise in categorie da *genus a speciem*» non solo porta ricchezza ai vocabolari settoriali di ognuno di noi ma soprattutto agevola le relazioni e le comprensioni tra mediatori di diversa origine e mondo della giurisprudenza (giudici, avvocati, procuratori, mediatori-avvocati, ecc.). Ovviamente vale altrettanto il contrario, e capire le sottigliezze di un interrogatorio e le sue sfaccettature, o la variabilità degli stati d’animo (la rabbia, l’orgoglio, la vendetta), insomma la psicologia di una vittima di reato non può che portare supporto alle esperienze che si fanno poi sul campo. Riflettere, come fa ad esempio Ciappi in materia di giustizia<sup>1</sup>, non solo su certi risvolti ma anche sulle ragioni che ne sono

<sup>1</sup> «La nuova penalità fa suoi i principi della ragione strumentale, è *logos* rispetto a uno scopo. Non si propone obiettivi generali, non è applicazione

alla base serve a tutti noi perché il lavoro di “bassa soglia” necessita di umiltà e pazienza, umiltà e saperi complessi che vanno metabolizzati ed esperiti poi sul campo. Ma data la pienezza del doppio numero questa volta eviterò di commentare, postillare, sostenere o controbattere gli ottimi interventi che abbiamo proposto al corso e sottoponiamo adesso alle vostre critiche.

Due parole invece sulla complessità della crisi economica che stiamo attraversando le cui conseguenze sono già evidentissime nella loro durezza. E pare che l'ondata lunga, il graffio vero della tempesta, sembra debba ancora arrivare. Gli effetti dei licenziamenti, delle inoccupazioni e della scarsa circolazione di capitali aumenteranno progressivamente impattando ovviamente sulla qualità della vita non solo materiale. La crisi economica destruttura la società, porta i conflitti dentro le case, inquina le famiglie e incrina relazioni pur collaudate da tempo. E se spesso si ha la forza e il coraggio di affrontare le difficoltà presenti, è di fronte alla mancanza di futuro che ci si annichilisce definitivamente. Gli animi si esasperano a vicenda e il dialogo – sterilizzato da un clima di cedimento e rassegnazione – non riesce a decollare irrigidendosi soltanto sul problema in sé senza riuscire a rompere quei meccanismi che ne inceppano il cammino. Ci troviamo in una fase di passaggio: gli stati-nazione non vogliono cedere quote di sovranità, l'Europa politica non esiste ancora e in questo inedito vuoto di potere il dominio dell'economia (che non contempla media-

di filosofie e intendimenti più generali circa l'uomo, la società, il diritto. Il suo *telos* è interno al sistema: la nuova ideologia della pena non conosce ideologie, solo strumenti, ha come scopo l'elaborazione di politiche di riduzione della criminalità che siano efficienti; non si propone di cambiare l'orizzonte di senso della giustizia penale e della società che intende regolamentare. In questa accettazione la nuova punitività è *technè*, sapere strumentale, irriducibile ad ogni sintesi teorica, sapere pragmatico che prescinde da premesse generali».

zioni) fagocita senza problemi quello della politica (e cioè – su altri versanti e con logiche e linguaggi diversi – l’arte della mediazione per eccellenza). Ci troviamo già in un inedito stato d’eccezione (Carl Schmitt) all’interno di una evidente fase di crisi delle democrazie liberali e del capitalismo, almeno per come li abbiamo conosciuti noi. Ma questo brevissimo e generico appunto solo per dire che – mai come in questo momento storico – ci sarà bisogno di mediazione in ogni ambito della vita civile. E non parlo solo di *technè*, di «governanza» o di «amministrazione senza Politica, gestione del traffico tra circolanti equivalenti»<sup>2</sup>, ma della condivisione – all’interno del discorso pubblico – di orizzonti di significati alternativi allo status quo.

<sup>2</sup> O. Romano, «Mediaries», n. 11, 2008, p. 33.



# Restorative justice: a new response to crime and conflict\*

by Martin Wright\*\*

Mediators sometimes say that they do not want a society without conflicts – it is unlikely to happen, and would perhaps be rather boring. Through the ages humankind has dreamt of peace. There has always been conflict, but also, side-by-side with it, co-operation (Kropotkin). In the Nguni languages of South Africa, *ubuntu* describes people who are generous, hospitable, friendly, caring and compassionate, and share what they have. They feel that they belong to a greater whole, and are diminished when others are tortured or oppressed (Tutu 1999: 34-5). The early Hebrews had a vision of *shalom*, often translated as ‘peace’, but including physical well-being, prosperity, social relationships and moral integrity (Zehr 1995: 130-2). A modern ideal is expressed by Illich: «I choose the term “conviviality” to designate the opposite of industrial productivity. I intend it to mean autonomous and creative intercourse among persons, and the intercourse of persons with

\* In coda all’originale riproponiamo l’articolo tradotto in italiano (a cura della redazione).

\*\* Senior Research Fellow at the Faculty of Health and Life Sciences, De Montfort University, Leicester.

their environment; and this in contrast with the conditioned response of persons to the demands made upon them by others, and by a man-made environment. I consider conviviality to be individual freedom realized in personal interdependence and, as such, an intrinsic ethical value. I believe that, in any society, as conviviality is reduced below a certain level, no amount of industrial productivity can effectively satisfy the needs it creates among society's members.» (Illich 1973: 11)

The Navajo people, in what is now the United States, do not ask whether something has absolute qualities such as 'good' or 'bad', but think in terms of the direction of travel: they ask 'Is it *hashkeeki* (tending towards disharmony) or *hozhooji* (moving towards harmony)?' (Ross 1996: 123). The latter phrase could be used to sum up the aura of meaning that has been acquired by the word 'restorative.'

With the help of mediation, conflicts can often be resolved before they become serious. If one person, or their property, has been harmed, the incident may be described in various ways, as an accident, a conflict, anti-social behaviour, or a crime; the person harmed and the one who caused the harm may wish to come together to talk about it, to express their feelings and discuss how the harm can be made good. Mediators help them to guide their dialogue. We will look firstly at the idea of restorative practices; then four examples of their use, including restorative justice itself and its application.

The CRISI course which begins with this lecture covers mediation in civil matters, 'alternative dispute resolution', and in criminal cases. In England we prefer not to speak of 'penal mediation', because 'penal' means connected with punishment, which tends towards disharmony, and we are concerned with repair. The commonest term now is 'restorative justice'. This has two central elements, dialogue and making amends, but the idea is broader than that. Firstly, dialogue is valuable for its own sake, to increase un-

derstanding on both sides, but it often needs a mediator to guide it. We also use the word 'facilitator'. Secondly, the dialogue can enable the parties themselves to agree on what is necessary to put things right, or at least make them better, instead of asking an authority figure such as a judge to decide what is best for them. However, when a criminal act is involved, the criminal justice system may also have to be involved, and we will consider that later.

Mediation has a long history. When two people or groups cannot settle a conflict themselves, by force or discussion, they have two choices. One is to go to a wise person or group, a Solomon or the elders of the tribe, who will decide. The other is mediation. In the Arab tradition of *sulha*, for example, «in order to prevent the vicious circle of a vengeful response, the family of the attacker should immediately consider going to a delegation of influential, notable people, asking them to mediate between the two parties. These people should be influential, trustworthy, and well known to all those living in the area» (Jabbour, 1996: 27).

In some countries, such as parts of Albania, blood feuds were embedded in a detailed tradition (the *Kanun*) and the struggle to replace it with mediation is still in progress in some parts of the country (Elezi, 2006).

More recently it has come into prominence in resolving industrial disputes, for example through ACAS (Advisory Conciliation and Arbitration Service) in the United Kingdom and a wide range of others, through organizations such as IMCR (Institute for Mediation and Conflict Resolution, New York) (Wright 1996: ch. 4). It has been applied in the field of criminal justice, originally called victim-offender mediation, but now (especially in the anglophone world) restorative justice. It has been applied in different ways in the criminal justice system, including one-to-one mediation, conferencing (where others affected by the crime also take part), and circle sentencing, where the participants also recommend the sentence (but it has to be endorsed by the judge).

When people heard about this new practice and how it worked, some of them began to think how it could be applied in other settings, notably in schools. The basic concept of persons meeting face-to-face when they were in conflict, or one had harmed the other, was developed. McCold and Wachtel, for example, identify three main aspects of programmes, victim reparation, offender responsibility, and communities of care and reconciliation; if a programme has features from one of these categories it is 'partly restorative', from two, 'mostly restorative', and from all three 'fully restorative' (cited in Bazemore and Elis 2007: 401). Shapland and colleagues focused on several areas which make an event restorative, and the word 'restorative' itself is commonly used to include them. It has been suggested that a process can be described as more or less restorative, according to how many of these it includes. The list of Shapland et al. includes:

1. *Inclusiveness, participation and procedural justice*: involving all those affected in the dialogue and decision-making. It has been found that people are often prepared to accept an outcome, even one that is unfavourable to them, if they feel that it has been reached by a fair process in which their point of view was heard.
2. *Dealing with emotion and the effects of the offence*: focusing on, and expressing, the harm suffered and feelings of those affected, rather than measuring the offence against a scale of seriousness (such as maximum periods of imprisonment) or an amount of money. If apologies are offered, they are seen as an effort to make things better, not to reduce the amount of punishment.
3. *Problem-solving for the future*: this often means agreeing how the parties will (or will not) relate to each other in future. It has been found that what many victims want is not reparation (in the form of money or work) but actions to make the offender less likely to re-offend, such as anger-management

courses or acquiring employment skills, both to reduce the number of future victims but also for the offender's own sake, so that he can make better use of his life. This is sometimes referred to as 'human capital'.

4. *Building social capital and bringing in the community*: 'social capital' is the network of family, neighbours, colleagues and so on which most of us depend; a restorative process increases social capital by bringing in more participants into the restorative process, but also by using trained volunteers as facilitators, and in some cases by using NGOs to provide the service (comments based on Shapland *et al.* 2011: ch. 7).

As these features can be used in civil situations, such as schools, the broader term 'restorative practices' is used to describe them. The International Institute for Restorative Practices, for example, has found that situations of conflict or harm can be addressed by asking both (or all) parties open-ended, non-judgemental questions such as

- What happened?
- What were your thoughts at the time, and since?
- Who has been affected?
- What do you think needs to happen to make things right?

This contrasts with the conventional questions: What law or rule was broken? Who was to blame? How should they be punished?

## **1. A new paradigm**

It is not yet always understood that this is not merely one method among others of dealing with wrongdoers. It is a paradigm shift (a concept which should be understood in the country that produced

Galileo!). The theory of relativity was a paradigm shift (although a recent experiment at CERN and Gran Sasso has raised some doubts about it!). Another is the realization in the past few decades that our survival depends on looking after this planet rather than exploiting it. Conventional justice, and indeed much social control, parenting, management and so on, are based on a behaviouristic paradigm, in which people are treated like donkeys, by the inducement of a carrot and the threat of a stick. Behave well and you will be rewarded, in this world or the next; break the rules and you will be punished. One problem is that both of these depend on what a person thinks will be the consequences for him or herself, rather than the effects of his actions on others; another is that the (dis)incentive won't work if the person doesn't think it will happen, or doesn't even stop to think. A third is that it can lead to cruelty, or indeed deception. Cruelty to children is often justified in the name of 'discipline.' Think of the concept of 'religion as the opium of the masses', or the supposed belief of suicide bombers who become martyrs in the name of Jihad that they will be rewarded with sensual pleasures by 72 virgins in paradise. These can be called extrinsic consequences.

The restorative paradigm, in contrast, relies mainly on intrinsic consequences. On the one hand, 'virtue is its own reward'; on the other, the Hebrew prophet Micah says that rich people who hate good and love evil, rip off poor people, and use dishonest scales and false weights will find their ill-gotten gains not worth having: 'You will eat and not be satisfied, your stomach will still be empty, ... you will plant but not harvest' (Micah 3: 2-3, 6: 14-15). In other words, 'As you sow, so shall you reap.' (Galatians 6: 7). The Buddhist concept of *karma* likewise suggests that the good or bad intentions behind actions will lead to good fortune or unhappiness.

That does not mean that restorative justice allows people to sit back and wait for the consequences to happen. On the contrary,

whereas punishment makes the offender passive: 'If you cause harm to someone, we will cause harm to you', restorative action requires the offender to be active: 'If you cause harm, we expect you to put it right or make up for it.' Punishment is based on fear, and makes people think of the consequences for themselves; restorative processes are based on encouraging people to feel empathy and think of the consequences for other people. What is more, this can also work both ways; not only does it bring home to the offender the pain he or she has caused to the victim, but it enables the victim to understand how the offender came to commit the offence, and in many cases to want the offender to have a better life than previously. As regards problem-solving, it is summed up by the image of two donkeys, roped together, who work out together how to reach to piles of hay.

There are two main questions that need to be addressed: What can be done when restorative process cannot be used, for example if the victim refuses to take part or the offender is unco-operative? And, Are restorative practices being implemented correctly? We will return to these later, but first let us review the way in which restorative justice can be regarded as part of a continuum or restorative practices. Conflict can of course happen anywhere, but let us take four examples of the application of restorative practices: schools, decision making, conflict resolution, and restorative justice.

## **2. Restorative practices in schools**

To introduce a new idea, schools are a logical place to start. The basic principles are very simple, as we have seen:

- What happened?
- What were your thoughts at the time, and since?
- Who has been affected?

- What do you think needs to happen to make things right?

Quite young children can follow these, and also their own code of conduct: do not take sides, do not make suggestions, do not gossip about what people say in mediation. It has been found to work best if the whole school is run on restorative principles. Roxanne Claassen for example shows how at the beginning of each school year she asks the students to agree on expectations (of each other and also of her), with an eight-step procedure to be used if the ground rules are not followed. These range from a simple reminder, through a one-to-one discussion with another (restoratively trained) teacher, to a group conference with parents. Only after that does the student have to leave the school, and even this is done in a restorative way: not expulsion but finding a school more suited to the young person's needs (Claassen 2008).

### **3. Decision making**

There are also restorative methods of conducting discussions, for example by dividing into small groups so that everyone can contribute, and using a 'talking stick' which is passed round the circle of participants where only the person holding it can speak. Similarly, decisions do not have to be made by a majority vote in which extremes often win. A different method was proposed as long ago as 1770 by J-C de Borda: this determines the winner of an election by giving each candidate a certain number of points corresponding to the position in which he or she is ranked by each voter. Once all votes have been counted the candidate with the most points is the winner. Because it sometimes elects broadly acceptable candidates, rather than those preferred by the majority, the Borda count is often described as a consensus-based electoral process, using a matrix system, rather than a majoritarian one ([http://en.wikipedia.org/wiki/Borda\\_count](http://en.wikipedia.org/wiki/Borda_count), <http://www.deborda>).

org/storage/Matrix%20Vote.pdf accessed 1.10.2011). There is reason to hope that decisions reached by such methods will reduce the likelihood of conflict later on.

#### **4. Conflict resolution**

When nevertheless conflicts inevitably occur, restorative methods of mediation and conflict resolution are available, and some of them are included in this course. They normally include the same restorative principles: the facilitator is neutral, and guides the discussion by asking the parties to agree to ground rules for the discussion and by summarizing statements in neutral language. Facilitators do not normally suggest solutions: these come from the participants themselves. The agreement may involve the way in which the parties will relate to each other, including how they will communicate; if harm has been caused, it will often propose a way of repairing the harm; but in many cases the dialogue itself is the reparation. Some practitioners and services specialize, for example in neighbourhood, family, workplace, or commercial mediation, and there are different techniques (the use of a 'script', a 'conference', 'shuttle diplomacy' and so on), but the basic principles are the same.

#### **5. Restorative justice and its application**

The processes described so far have all been in the realm of civil law. They are commonly described as restorative 'practices'. Restorative justice, *proprement dit*, is used when a victim has suffered harm *and* the action has been classified as criminal. This is a two-stage process. The law states that actions of a certain type are criminal; but when a specific individual commits an action of that type, the victim may or may not decide to report it as a crime,

or the police or prosecutor may decide not to treat it as a crime, for example because of insufficient evidence.

Let us remind ourselves of Shapland's distinguishing features of restorative justice; and then compare them with selected European standards, and with legislation in selected countries. We will look at some critical issues for restorative justice, and finally, we will consider some guidelines to be borne in mind when introducing restorative justice.

*Distinguishing features of restorative justice*

The principles proposed by Professor Shapland, it will be recalled, were:

- Inclusiveness, participation and procedural justice;
- Dealing with emotion and the effects of the offence;
- Problem-solving for the future: 'human capital'; and
- Building social capital and bringing in community (Shapland

*et al.* 2011: ch. 7)

### 5.1. Restorative justice and selected European standards

Looking first at Shapland *et al.*'s principle of *inclusiveness, participation and procedural justice*, the Council of Europe (1999) has quite a lot to say about this (references are to the Appendix to Recommendation No. R(99)19). The parties should freely consent (#1) (but it does not mention the pressure placed on the accused when the alternative to a restorative process is prosecution. 'Informed consent' might be a better word.) Discussions are confidential (#2), apart from information about imminent serious crimes (#30), so that judges should not ask about the mediation process. Mediation should be available everywhere (#3), which a few countries have achieved, and at all stages of the criminal justice process (#4), which no country has yet attained.

The Recommendation has been amplified by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ 2007), although

it is not clear how widely this document has been circulated. This is also concerned with procedural justice, for example recommending lawyers to provide information about restorative justice (CEPEJ #13). It proposes that member states should establish criteria for the accreditation of mediators, trainers and mediation services (#22), although those who favour maximum involvement of the community might prefer that function to be carried out by a well established NGO, and might question whether it is practicable to design a 'certificate of European mediator' that would meet everyone's needs. There is a recommendation for a complaints procedure (#29), which the Council of Europe had not included.

Shapland *et al.* rightly mention the importance of participation of those affected by the crime, and the Council of Europe states that agreements should be arrived at voluntarily by the parties (#31). This does not however stress that the agreement should be reached by the parties themselves: facilitators should not push them towards a particular form of reparation. It also does not explore what facilitators should do if they feel a proposed agreement to be unreasonable.

An important aspect of the restorative process is *dealing with emotion and the effects of the offence*. The traditional criminal justice system is often criticized for failing to take account of this. The European standards do not have anything to say about it, and this is probably right: these are matters that belong in the training of mediators rather than in laws and guidelines. It is important to keep it in mind, however, precisely because it is one of the features that distinguish restorative justice. It helps to achieve the high rate of satisfaction of victims with the restorative process, and it also helps to motivate offenders to fulfil their agreements. It encourages the growth of empathy on both sides (although of course it doesn't guarantee it). There is a tendency for laws and guidelines to emphasise the outcome: the apology, the compensa-

tion or community work. These are important if the victim attaches importance to them; but studies in England have found that many victims feel that the best reparation an offender can make is to stop offending, and hence to co-operate with any programme that will help him or her to do so. It will be interesting to know if victims in other countries feel the same way.

A third feature of restorative justice is *problem-solving for the future and building 'human capital'*. This implies that the process should look beyond the actual restorative meeting. Human capital is a term used for the resources of character and skills possessed by an individual that enable him or her to cope with life. It is well known that offenders often lack many of these essential qualities. A bank robber may lack education, skills, or the ability to think through the consequences of his actions; a fraudulent banker may lack the empathy for his victims that would inhibit him from defrauding them of their savings<sup>1</sup>. A restorative encounter enables them to meet people they have harmed, who are also likely to come from different sections of society who do not share their unscrupulous values. Again, there is no guarantee that they will begin to feel empathy, but it can happen. In South Africa, a woman who was a victim of an aggravated burglary met one of the burglars at Leeuwkop Prison, Johannesburg, and said afterwards that when she looked into his eyes for the first time she saw a sincere young man who deserved a second chance. He became a friend of her family and they conducted restorative workshops together (*Sowetan*, 14 July 2003). Another case is described by Braithwaite (2002: 22-24). Insurance companies in Australia were mis-selling worthless insurance policies to illiterate people in Abo-

<sup>1</sup> In the UK, for example, Barclays Bank mis-sold payment protection insurance (PPI) and has had to pay £ 60 million to compensate customers, plus a fine of £ 7.7 million (Daily Telegraph 5 October 2011).

iginal communities. Top managers agreed to visit them, and some of them went back to Canberra ashamed of what their company had done. The company voluntarily compensated 2,000 policy-holders and set up an Aboriginal Consumer Education Fund.

One offender probably spoke for many when he said 'There were a number of times when I wanted to stop it and move one, but the urge ... was too great and I gave myself permission each time [although] I did feel guilty afterwards (Hanvey *et al.* 2011: 100). Meeting the victim, or someone representing the victim, makes it harder for someone to 'give himself permission.'

Fourthly, *building social capital and bringing in community*. The Council of Europe barely touches on this. It has two aspects: the mediation service itself and the support services for the participants. The Recommendation says (twice) that mediation services should be given sufficient autonomy (#5, 20); it does not mention services run by independent NGOs, but this is implied when it says that there should be regular consultation between criminal justice authorities and mediation services (#33). It does say that mediators should be recruited from all sections of society (#22), which opens the door to the use of trained volunteers.

The second aspect is the support services. There is an imprecise mention of the desirability of guidelines for the handling of cases following mediation (#7), and the training of mediators should include basic knowledge of the criminal justice system (#24), but more is needed. As Shapland *et al.* rightly say, 'The state needs to provide the programmes or facilities which are encompassed within outcome agreements' (2011: 76). Mediators need to know what services exist locally, such as cognitive behavioural therapy, anger management, and basic skills such as literacy; they should not raise false hopes by letting parties make an agreement for which the resources are not available. If they are needed, the mediation service should draw the attention of the state or relevant NGOs to the gap. There should be follow-up for victims, to make

sure that they have no unresolved issues after the mediation. Offenders often need help in overcoming the stigma of conviction, although participating in the restorative process should in itself contribute to this.

CEPEJ recommends recognition of social authorities, victims support organizations and other organizations which may offer mediation or restorative justice (#12). This also endorses community involvement, although it does not emphasise it.

Recommendations of this kind need to be amplified by a code of practice. In England we have the *Best practice guidance for restorative practice*, issued by the Restorative Justice Council (2011). The relationship between the state and the NGO sector is illustrated by the fact that this code is produced by one NGO, endorsed by state agencies and other NGOs, and has a foreword by a minister in the Ministry of Justice. It includes a summary of the skills needed by facilitators and guidelines for conducting a restorative session. It recognises the overlap between civil and criminal situations by including a section on informal restorative practices, and ends with administrative guidance for organizations providing restorative services and their managers.

A more recent statement, still in draft form, has been issued by the European Commission (2011): a proposal on establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime. This has been welcomed by the European Forum for Restorative Justice for the fact that restorative justice is included among the services needed by victims; in its present form it is however considered to place disproportionate emphasis on the need for safeguards, rather than on the benefits, and hence on the need for access to restorative justice for all victims of crime and the desirability of actively promoting it in all member states (Kearney, personal communication 20.9.2011).

## 6. Restorative justice in legislation

How are these principles reflected in the legislation of European countries? We have to consider firstly whether it is mandatory or permissive, or whether it says nothing at all. In England and Wales we have all three kinds. For young offenders in certain categories the court *must* order the case to be referred to a youth offending panel. For adults the court *may* order a ‘community sentence’ (similar to what used to be called ‘probation’) including certain ‘requirements’ for ‘specified activities’, and these may include ‘activities whose purpose is that of reparation, such as activities involving contact between offenders and persons affected by their offences’ (Criminal Justice Act 2003, sec. 201(2)). Thirdly, after a person has been sentenced, he or she, or the victim, may request a restorative meeting; this includes those sentenced to imprisonment. The effect of this is that for young offenders a system has been created so that the order of the court is carried out; however it is not fully restorative, because in many places little effort has been made to encourage victims to attend, and few of them do so. For adults, the probation service is required to contact victims before the release of a prisoner serving a sentence of 1 year or more for a violent offence, and this would provide a good opportunity for restorative contact; however, little use is made of this provision, because there are few probation officers or NGOs able and willing to facilitate restorative meetings. For sentenced offenders, even fewer restorative meetings take place, mostly on the initiative of local NGOs such as CALM (Confidential And Local Mediation) in west London. Because it is not part of the official system, each case has to be negotiated with the prison authorities. By degrees local protocols are being developed. In Belgium for a time (until 2008) restorative justice advisers were available in every prison (Van Doosselare and Vanfraechem 2010: 60).

When Shapland *et al.* speak of inclusiveness and participation,

they are referring primarily to including all those affected by the offence, especially family and friends of both the victim and the offender. This is achieved by ‘conferencing’, but not by one-to-one mediation. Taking it a step further, if restorative justice is only available in certain types of case, there is by definition no inclusiveness. In England and Wales there are the above-mentioned Youth Offender Panels, which include trained volunteers (thus ‘bringing in the community’); but they are only available for young offenders, appearing in court for the first time, and pleading guilty to offences that are not too serious; hence victims of adult offenders, repeat offenders and serious offenders are excluded. However, when a case fits the criteria, the case must be referred to the panel, so the number referred is high. Victims can be invited to take part, but not many do. Most legislation follows the traditional focus on offenders, not victims. In Germany, for example, only misdemeanours can normally be diverted from prosecution (Lenz *et al.* 2010: 124)

In *Austria* the name used, Out-of-court offence resolution (ATA: *Aussergerichtlicher Tatausgleich*), emphasises the fact that the cases are criminal and that they are diverted out of court; but the mediators are all professionals. Offences up to a certain level of seriousness can be diverted; as in some other countries this level is defined by the maximum prison sentence that can be imposed: a relic of the traditional system which is based on punishment of the offender rather than the harm caused to the victim (Pelikan 2010).

In *Norway* mediation can be provided in both civil and criminal conflicts; in criminal cases VOM can be applied with a suspended prison sentence, which implies more serious offences, and it is being increasingly used in cases involving violent offences (Hydle and Kemeny 2010: 207).

*Finland* has also legislated for mediation in criminal and certain civil cases; it is administered by the Ministry of Social Affairs and

Health, through a national advisory board. The Act provides for the funding of the service from government funds. Any type of crime can be dealt with; there are few exceptions, for example with certain vulnerable victims. In both Norway and Finland the mediators are trained volunteers (Iivari 2010).

In *Italy* mediation services (mostly for juveniles) appear to have been established as a result of local initiatives, and some mediators are volunteers, so they can fulfil the community involvement criterion. For adult offenders, however, justices of the peace do not refer cases to mediation but try to conciliate the conflicting parties themselves; according to Mestitz (2010: 134-5) this is because they are paid on the basis of the number of cases they manage.

These examples show that there is no simple answer to the question, How much in restorative justice used in a particular country? It has to be answered on several dimensions. Is it available at all stages of the criminal justice process: diversion from the process, as (part of) the sentence, after the sentence, or for actions that are not necessarily classified as criminal (including some private complainant offences)? Up to what level of seriousness is it available pre-sentence or in-sentence, and for more serious offences can it be used post-sentence? Is it available nationwide? Does it meet the additional criteria, such as involvement of the community (including people from ethnic minorities) and availability of post-mediation support services? Each country answers these questions in different ways.

## **7. Critical issues for restorative justice**

Advocates of restorative justice have to remind themselves (if they are not reminded by others) that it does not have all the answers. To take two examples, referred to earlier, What can be done when restorative process cannot be used, for example if the victim re-

fuses to take part or the offender is unco-operative? And, Are restorative practices being implemented correctly?

### *7.1. When a fully restorative process is not possible*

The first and crucial point is that restorative justice can only be used when the accused admits at least some involvement. If he claims that he is a victim of mistaken identity, he is not the person with whom the victim should have a dialogue. If he admits involvement but minimizes it, excuses it or shows no remorse, the victim should be consulted: if they would nevertheless like to give the offender 'a piece of their mind', regardless of the offender's attitude, this should be considered; but if they would find this attitude hurtful or provoking, a meeting would not be helpful.

In that case, or if the offender refuses to meet the victim, or fails to keep their agreement, clearly it is not acceptable to say, in effect, 'We will offer restorative justice, but if the offender cannot or will not take part, we will do nothing'. Conversely, if the victim cannot or will not take part, it is unfair to impose a punitive sanction on an offender who is willing to make amends. In these cases the offender must face 'consequences' of some kind, but they should be restorative ones, for example undergoing a victim awareness course or doing work for the community. It should be work whose value is obvious. If possible the offender should meet the beneficiaries of the work, or work alongside volunteers at a shared task, and should receive thanks. This helps the goal of reintegration. It may be physically demanding or even unpleasant work, but the essential factor is that it is not imposed for that reason. And as with all restorative justice work, there is often the pain of being reminded of the harm he has caused. Not all will experience remorse, of course; but not all are deterred by punishments, however harsh, as the prison reconviction rates show.

## 7.2. Is restorative justice implemented correctly?

To put the question in this way is misleading, because it implies that there is a 'right' way. It would be better to ask whether it is carried out in the spirit of restorative justice. Mediators obviously need to be trained, and there is some evidence that those previously trained in criminal justice need to pay special attention to restorative principles such as condemning the offence but not rejecting the offender, and not using the mediation meeting to gather information for prosecution purposes. A system of accrediting those who have successfully completed training is needed; it should be such that volunteers as well as professionals can become mediators. This implies compiling standards, such as the above-quoted *Best practice guidance for restorative practice* of the Restorative Justice Council (2011).

The need for support services has already been mentioned. They should also be available in cases where restorative justice is not possible or appropriate. For victims, there is Victim Support (which may include subsidiary organizations for victims of specific crimes, such as homicide, causing death with a motor vehicle, rape, and others). For offenders there are many organizations, in the United Kingdom at least; one which operates in a restorative way, although not involving victims, is Circles of Support and Accountability. These are (so far) specifically for sex offenders on release from prison. Because of the stigma attached to the crime such a man is especially likely to face difficulties such as loneliness and unemployment; the circle is a group of trained volunteers who meet with him at frequent intervals to help and support him, but on the understanding that if he shows signs of reverting to his previous behaviour, the police will be informed and he may be recalled to prison (Hanvey *et al.* (2011).

There are other requirements to comply with other aspects of the restorative ideal. For example, mediators should be recruited from all sections of the community, including ethnic minorities.

There should be an annual report, demonstrating accountability to the local community.

Finally, one criticism of restorative justice has been that, like criminal justice, it assumes that a crime is an isolated event, committed by an offender, who is called upon to make things right. But this is only part of the story. If facilitators of restorative meetings see a pattern of factors linked to crime, such as a high number of offenders coming from a particular schools or district, they should draw this to the attention of the authorities responsible for crime reduction and social policy generally. Some of these factors are already well known, such as unemployment, but this could put extra pressure on the authorities to take the necessary action.

## **8. Conclusions**

To sum up: what is this new paradigm, or new incarnation of an old human institution? We started with restorative justice, which is a rather special application because it is concerned with wrongdoing and therefore frequently involves the criminal justice system. It may be used at different stages of the process. Countries implement restorative justice to different degrees, and the law sometimes falls short of restorative ideals, for example by focusing on offenders rather than on victims, and in some cases limiting restorative meetings to juvenile offenders and their victims. There are few countries where restorative justice is available nationwide, even to a limited extent. The public, and the media, do not always understand the idea clearly; for example, ordering an offender to do a menial job, intended to be punitive, without an attempt at victim-offender dialogue, is sometimes wrongly described as 'restorative justice'. Here is the first part of the paradigm shift, away from retribution for its own sake to problem-solving and reintegrating wrongdoers into the community. It does not begin by asking how they should be punished,

but how they can make better use of their lives in future. The model for doing this is not behaviourism, but an approach which encourages empathy and understanding, and hence behaviour which is motivated by those relationships. However, restorative justice needs the courts for those cases it cannot handle for various reasons; it is hoped that it will influence the courts to adopt a more restorative outlook.

These ideas were based on enabling people to resolve conflicts themselves, rather than having a decision imposed on them, and on encouraging empathy rather than rules as the basis for doing so. They were noticed in other spheres of life, notably schools. Children can be shown how to make their own rules, and have shown that they can do so in a very sensible way. They can also understand the basic principles of resolving problems in a respectful way, being non-judgemental, and condemning the wrongdoing, not the wrongdoer.

The same principles are also being taken out into the wider community. In the city of Hull, in north-east England, everyone who works with children is being trained in restorative methods. The aim is to move towards harmony by creating a 'restorative city'. Disputes between neighbours can be resolved with the help of mediators, and likewise conflicts between family members, or workmates. People who were regarded as a problem become part of the solution to the problem. As Thomas Kuhn (1962) has shown, revolutions in thinking do not happen overnight. But we are in the middle of one paradigm shift, learning to live in harmony with the planet; now we can be part of another, learning to live in harmony with each other.

## References

- Bazemore, G and L Elis (2007) 'Evaluation of restorative justice'. In: G Johnstone and D W Van Ness, eds. *Handbook of restorative justice*. Cullompton and Portland OR: Willan Publishing.
- Braithwaite, J (2002) *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford University Press.
- CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice (2007) *Draft guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning mediation in penal matters*. CEPEJ (2007)13PROV2. Strasbourg: Council of Europe.
- Claassen R and R (2008) *Discipline that restores: strategies to create respect, cooperation, and responsibility in the classroom*. South Carolina: BookSurge Publishing. ([www.disciplinethatrestores.org](http://www.disciplinethatrestores.org))
- Council of Europe (1999). *Recommendation No. R(99)19 of the Committee of Ministers to Member states concerning mediation in penal matters*. Strasbourg: Council of Europe. Reprinted in: I Aertsen et al. (2004) *Rebuilding community connections: mediation and restorative justice in Europe*. Strasbourg: Council of Europe.
- Elezi, I (2006) *Mediation in penal case reconciliation*. Transl. Merita Xhediku. Tirana, Albania: Foundation 'Conflict Resolution and Reconciliation of disputes', 2006. [gjoka@albaniaonline.net](mailto:gjoka@albaniaonline.net)
- European Commission (2011) *Proposal for a directive of the European parliament and of the council establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime*. (COM 2011) 275 final, 2011/0129 (COD)). Brussels, the EC, 18.5.2011.
- Hanvey, S, T Philpot and C Wilson (2011) *A community-based approach to the reduction of sexual reoffending: Circles of Support and Accountability*. London and Philadelphia: Jessica Kingsley Publishers.

- Hydly, I, and S Kemeny (2010). 'From local trial projects to state owned services: empirical research on restorative justice in Norway.' In: I Vanfraechem, I Aertsen and J Willemsens, eds. *Restorative justice realities: empirical research in a European context*. The Hague: Eleven International Publishing.
- Iivari, J (2010) 'Providing mediation as a nationwide service: empirical research on restorative justice in Finland.' In: I Vanfraechem, I Aertsen and J Willemsens, eds. *Restorative justice realities: empirical research in a European context*. The Hague: Eleven International Publishing.
- Illich, I (1973) *Tools for conviviality*. New York: Harper and Row.  
<http://www.preservenet.com/theory/Illich/IllichTools.html#ChapterII>
- Jabbour, E J (1996) *Sulha: Palestinian traditional peacemaking process*. Ed. and compiled by T C Cook jr. Montreat, NC and Shefar'Am, Israel: House of Hope Publications.
- Kropotkin, P (1902/1987) *Mutual aid: a factor of evolution*. London: Freedom Press.
- Kuhn, T (1962) *The structure of scientific revolutions*. summarized by Frank Pajares <http://des.emory.edu/mfp/Kuhn.html>
- Lenz, S, E G M Weitekamp and H-J Kerner (2010) 'Depicting the development of victim-offender mediation: empirical research on restorative justice in Germany.' In: I Vanfraechem, I Aertsen and J Willemsens, eds. *Restorative justice realities: empirical research in a European context*. The Hague: Eleven International Publishing.
- Mestitz, A (2010) 'The spontaneous bottom-up rise of mediation with youth offenders: empirical research on restorative justice in Italy.' In: I Vanfraechem, I Aertsen and J Willemsens, eds. *Restorative justice realities: empirical research in a European context*. The Hague: Eleven International Publishing.
- Pelikan, C (2010) 'Out-of-court but close to justice: empirical research on restorative justice in Austria.' In: I Vanfraechem, I

- Aertsen and J Willemsens, eds. *Restorative justice realities: empirical research in a European context*. The Hague: Eleven International Publishing.
- Restorative Justice Council (2011) *Best practice guidance for restorative practice*. London: RJC. (Also available to members of the RJC from [www.restorativejustice.org.uk](http://www.restorativejustice.org.uk))
- Ross, R (1996) *Returning to the teachings: exploring Aboriginal justice*. Toronto: Penguin Books.
- Shapland, J, G Robinson and A Sorsby (2011) *Restorative justice in practice: evaluating what works for victims and offenders*. London and New York: Routledge.
- Tutu, D (2000) *No future without forgiveness*. London etc.: Rider.
- Van Doosselaere, D, and I Vanfraechem (2010) 'Research, practice and policy partnerships: empirical research on restorative justice in Belgium.' In: I Vanfraechem, I Aertsen and J Willemsens, eds. *Restorative justice realities: empirical research in a European context*. The Hague: Eleven International Publishing.
- Wright, M (1996) *Justice for victims and offenders: a restorative response to crime*. 2<sup>nd</sup> ed. Winchester: Waterside Press.
- Zehr, H (1995) *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. 2<sup>nd</sup> ed. Scottdale, PA: Herald Press.

## **Giustizia riparativa: una nuova risposta al crimine e al conflitto**

*di Martin Wright*

I mediatori affermano che una società senza conflitti, sarebbe è improbabile e forse sarebbe noiosa. Anche se nel corso dei secoli, l'umanità ha fatto sogni di pace, il conflitto è sempre esistito. (Kropotkin).

Nel linguaggio Nguni del Sud Africa, la parola ubuntu descrive le persone generose, ospitali, espansive, attente e compassionevoli che condividono ciò che possiedono. Esse sentono di appartenere ad un universo più grande, e soffrono quando gli altri sono torturati o oppressi (Tutu 1999: 34-5). I primi Ebrei avevano una visione della parola Shalom, spesso tradotta come 'pace', che includeva anche il benessere fisico, la ricchezza, le relazioni sociali e l'integrità morale (Zehr 1995: 130-2). Un ideale moderno è espresso da Illich: "Ho scelto il termine 'convivialità' per indicare l'opposto della produttività industriale. Intendo usare tale termine per suggerire una relazione autonoma e creativa tra le persone, e il rapporto delle persone con il loro ambiente; questo è in contrasto con le reazioni influenzate delle persone dalle richieste poste dagli altri e da un ambiente costruito dall'uomo. Ritengo che la convivialità sia la libertà individuale realizzata nella personale interdipendenza e, come tale, un intrinseco valore etico. Credo che, in ogni società, dal momento che la convivialità si è abbassata sotto un certo standard, nessuna quantità di produttività industriale possa effettivamente soddisfare le esigenze che essa crea tra i membri della collettività" (Illich 1973: 11).

Il popolo Navajo, in quello che oggi sono gli Stati Uniti, non

chiede se qualcosa ha delle qualità assolute come “buono” o “cattivo”, ma ragiona in termini di direzione domandando “È *hahshkeeki* (tendente alla disarmonia) o *hozhooji* (tendente all’armonia)?” (Ross 1996: 123). La seconda risposta a questa domanda potrebbe essere usata per riassumere il significato che è stata acquisita dalla parola “riparativa”.

Con l’aiuto della mediazione, spesso, i conflitti possono essere risolti prima che diventino gravi. Se una persona, o la sua proprietà, è stata danneggiata, l’incidente può essere descritto in vari modi: incidente, conflitto, comportamento anti-sociale, o crimine; la persona offesa e colui che ha causato il danno potrebbero desiderare un incontro per parlare, per esprimere i propri sentimenti e discutere di come si possa rimediare al danno. I mediatori li aiutano a condurre il loro dialogo. Prenderemo in esame in primo luogo l’idea di pratiche riparative, poi quattro esempi del loro uso, inclusi la giustizia riparativa stessa e la sua applicazione.

Il corso del CRISI riguarda la mediazione in materia civile, “*alternative dispute resolution* (risoluzione alternativa del conflitto)”, e penale. In Inghilterra si preferisce non parlare di “mediazione penale”, perché il termine “penale” è legato alla punizione, che tende verso la disarmonia, mentre noi ci occupiamo di riparazione. Il termine più comune è ora “giustizia riparativa”. Esso comprende due elementi centrali, il dialogo e il pentimento, ma il concetto è più ampio. Il dialogo è prima di tutto utile di per sé, per aumentare la comprensione tra le parti, tuttavia spesso ha bisogno di un mediatore che lo conduca. Infatti, a proposito del mediatore, si usa anche la parola “facilitatore”. In secondo luogo, il dialogo può aiutare le parti stesse a concordare quanto è necessario per correggere la situazione, o almeno per farlo al meglio, invece di chiedere a una figura autorevole come un giudice di decidere ciò che è più opportuno per loro. Ciò nonostante, quando si tratta di un atto criminale, può essere coinvolto anche il sistema di giustizia penale che considereremo avanti.

La mediazione ha una lunga storia. Quando due persone o gruppi non possono risolvere un conflitto da soli, con la forza o col dialogo, hanno due scelte: rivolgersi ad un saggio o ad un gruppo, ossia ad un Salomone o agli anziani della tribù, che decideranno. L'altra scelta è la mediazione. Nella tradizione araba di sulha, per esempio, "al fine di evitare il circolo vizioso di una risposta vendicativa, la famiglia del nemico dovrebbe immediatamente prendere in considerazione di andare da una delegazione di persone autorevoli e degne di nota, chiedendo loro di mediare tra le parti. Queste persone dovrebbero essere esperte, affidabili e ben note a tutti coloro che vivono in quell'area" (Jabbour 1996: 27).

In alcuni paesi, per esempio in parti dell'Albania, faide di sangue erano radicate in una precisa tradizione (il Kanun) e la lotta per sostituirle con la mediazione, in qualche luogo, è ancora in corso (Elezi 2006).

Più di recente la mediazione si è fatta strada nella risoluzione delle controversie aziendali, per esempio attraverso l'ACAS (Advisory Conciliation and Arbitration Service - Servizio di Conciliazione Consultiva e di Arbitrato) nel Regno Unito e una vasta gamma di altri organismi, mediante alcune organizzazioni come l'IMCR (Institute for Mediation and Conflict Resolution, New York - Istituto per la mediazione e la Risoluzione del conflitto, New York) (Wright 1996: cap. 4). Essa è stata applicata in materia di giustizia penale, originariamente chiamata mediazione vittima-colpevole, ma ora (soprattutto nel mondo anglofono) si parla di giustizia riparativa. È stata adattata in modi diversi nel sistema di giustizia penale, come mediazione one to one, conferencing (dove partecipano anche gli altri colpiti dal crimine), e il circle sentencing (cerchio magico) dove i partecipanti consigliano anche la sentenza (che deve essere tuttavia approvata dal giudice).

Quando le persone hanno sentito parlare di questa nuova pratica e del suo meccanismo, alcune di loro hanno iniziato a ipotizzare in che modo poteva essere applicata in altri contesti, in

particolare nelle scuole. Si sviluppò l'idea di base di far incontrare le persone coinvolte nel conflitto. Shapland e colleghi, per esempio, si focalizzarono sulle diverse aree che rendono un evento riparativo, e il termine "riparativo" stesso è comunemente utilizzato per includerlo. È stato suggerito che un processo può essere descritto come più o meno riparativo, a seconda di quante di queste aree comprenda. McCold e Wachtel individuano tre principali tipi di programma: riparazione della vittima, responsabilità del colpevole e riconciliazione con la comunità. Se un programma contiene le caratteristiche di una di queste categorie è "in parte riparativo", se ne contiene due è, "in gran parte riparativo"; la presenza di tutte e tre le categorie rende un programma "completamente riparativo" (cit. Bazemore e Elis 2007: 401). La lista di Shapland *et al.* include:

1. *Inclusione, partecipazione e giustizia procedurale*: il coinvolgimento di tutti gli interessati al dialogo e al processo decisionale. È stato riscontrato che le persone sono spesso disposte ad accettare un risultato, anche quello a loro sfavorevole, se sentono che è stato raggiunto attraverso un processo leale in cui il loro punto di vista è stato preso in considerazione.
2. *Accoglienza emozionale e effetti del reato*: messa a fuoco ed espressione del danno subito e dei sentimenti delle persone colpite, piuttosto che valutazione dell'offesa in base ad una scala di gravità (sulla base per esempio dei periodi massimi di detenzione) o ad una somma di denaro. L'eventuale offerta di scuse, è vista come un tentativo di migliorare le cose, non di ridurre la quantità della pena.
3. *Problem solving per il futuro*: questo significa, spesso, accettare il modo in cui le parti entreranno o no in relazione tra loro in futuro. È stato scoperto che quello che le vittime vogliono non è il risarcimento (in forma di denaro o di lavoro), ma le azioni per evitare che il colpevole possa ri-offendere, per esempio tra-

mite corsi di gestione della rabbia o mediante l'acquisizione di competenze professionali, per ridurre il numero delle vittime in futuro, ma anche per il bene del colpevole, in modo che possa fare un uso migliore della sua vita. Questo a volte è denominato "capitale umano".

4. *Costruzione del capitale sociale e partecipazione alla comunità*: il "capitale sociale" è la rete dei familiari, dei vicini, dei colleghi e così via da cui dipende la maggior parte di noi; un processo riparativo aumenta il capitale sociale portando più partecipanti nel processo di riparazione, ma anche utilizzando volontari formati come facilitatori, e in alcuni casi le ONG (Organizzazioni Non Governative). (commenti sulla base di Shipland *et al.* 2011: ch. 7).

Il termine più ampio "pratiche riparative" è usato per descrivere come queste caratteristiche possano essere utilizzate in situazioni civili, quali le scuole. L'International Institute for Restorative Practices (Istituto Internazionale di Pratiche Riparative), per esempio, ha scoperto che le situazioni di conflitto o di danno possono essere risolte ponendo alle parti alcune domande aperte, non valutative come per esempio

- Cosa è successo?
- Quali erano i tuoi pensieri in quel momento, e da allora?
- Chi è stato colpito?
- Cosa pensi che debba accadere perché le cose vadano bene?

Ciò contrasta con le tradizionali domande: Quale legge o regola è stata infranta? Chi sono i colpevoli? Come dovrebbero essere puniti?

## 1. Un nuovo modello

Non si comprende ancora bene che questo non è semplicemente un metodo tra gli altri di trattare con i colpevoli. Si tratta di un cambiamento di modello (un concetto che dovrebbe essere capito nel paese che ha dato i natali a Galileo!). La teoria della relatività ha introdotto un cambiamento di paradigma (anche se un recente esperimento del CERN e del Gran Sasso ha sollevato alcuni dubbi a riguardo!). Un altro cambiamento è stata la realizzazione, nei decenni scorsi, dell'idea per cui la nostra sopravvivenza dipende dal prendersi cura del nostro pianeta evitando lo sfruttamento. La giustizia convenzionale e se vogliamo anche l'eccessivo controllo sociale, lo stile educativo dei genitori, la gestione della cosa pubblica, si basano su un modello comportamentale in cui le persone sono trattate come asini, con l'incentivo di una carota e la minaccia di un bastone. Comportatevi bene e sarete ricompensati, in questo mondo o nel prossimo; rompete le regole e sarete puniti. Un problema è che molto dipende da ciò che una persona pensa saranno le conseguenze per sé, piuttosto che gli effetti delle sue azioni sugli altri, un altro problema consiste nel fatto che il (dis)incentivo non funziona se la persona non si ferma nemmeno a pensare. Un terzo modo è rappresentato dalla circostanza che questo modello comportamentale può portare a crudeltà, o addirittura all'inganno. La crudeltà verso i bambini è spesso giustificata nel nome della "disciplina". Pensate al concetto di religione "come l'oppio delle masse" o alla presunta convinzione dei kamikaze di essere premiati con sensuali piaceri da 72 vergini in paradiso, che diventano martiri in nome della Jihad. Queste possono essere chiamate conseguenze estrinseche.

Il modello riparativo, al contrario, si basa principalmente sulle conseguenze intrinseche. Da un lato, "la virtù è premio a se stessa", dall'altro, il profeta ebraico Micah dice che la gente ricca che odia il bene e ama il male, inganna i poveri e utilizza scale di-

soneste e falsi pesi, troverà i propri guadagni illeciti, privi di valore: “Mangerai e non sarai soddisfatto, il tuo stomaco sarà ancora vuoto, ... seminerai ma non mieterai” (Micah 3: 2-3, 6, 14-15). In altre parole, “Si raccoglie ciò che si semina” (Galati 6: 7). Il concetto buddista di karma suggerisce altresì che le intenzioni buone o cattive dietro le azioni porteranno fortuna o infelicità.

Ciò non significa che la giustizia riparativa permette alle persone di sedersi e attendere che le conseguenze si realizzino. Al contrario, mentre la punizione rende il colpevole passivo: “Se si causa un danno a qualcuno, si farà del male a se stessi”, l’azione riparativa richiede che il colpevole sia attivo: “Se causi un danno, ci aspettiamo che tu lo corregga o lo ripari”. La punizione è basata sulla paura, e fa in modo che la gente rifletta sulle conseguenze per sé; i processi di recupero sono basati sull’incoraggiare le persone a sentire empatia e pensare alle conseguenze per gli altri. Per di più, questo può anche funzionare per sé e per gli altri, nel senso che responsabilizza: non solo il trasgressore per il dolore che ha causato alla vittima, ma consente alla vittima di capire come il colpevole sia arrivato a commettere il reato, e in molti casi a volere che il reo abbia una vita migliore rispetto al passato. Per quanto riguarda la risoluzione dei problemi, è riassunta dall’immagine di due asini, legati, che cercano di capire come arrivare a mucchi di fieno.

Ci sono due questioni principali che devono essere affrontate: Che cosa si può fare quando il processo riparativo non può essere attivato, se ad esempio la vittima rifiuta di prendervi parte o l’autore del reato non è cooperativo? E ancora, le pratiche riparative sono realizzate correttamente? Torneremo su questi punti in seguito, ma prima rivediamo in che modo la giustizia riparativa può essere considerata come parte di un continuum nell’ambito delle pratiche di recupero. Il conflitto può naturalmente avere luogo ovunque, ma prendiamo quattro esempi di applicazione delle pra-

tiche riparative: le scuole, il processo decisionale, la risoluzione dei conflitti, e la giustizia riparativa.

## 2. Pratiche riparative nelle scuole

Per introdurre una nuova idea, le scuole sono un logico punto di partenza. I principi basilari sono molto semplici, come abbiamo visto:

- Cosa è successo?
- Quali erano i tuoi pensieri in quel momento, e da allora?
- Chi è stato colpito?
- Cosa pensi che debba accadere perché le cose vadano bene?

I bambini molto piccoli possono seguire questi principi e adeguarvi il loro codice di condotta: non schierarsi, non dare suggerimenti, non riferire all'esterno quello che si dice durante la mediazione. È stato constatato che funziona meglio se tutta la scuola è gestita sulla base dei principi riparativi. Roxanne Claassen, per esempio, all'inizio di ogni anno scolastico, chiede agli studenti di concordare le aspettative (di tutti, lei compresa), con una procedura di otto provvedimenti da eseguire se le regole di base non sono rispettate. Queste vanno da una semplice sollecitazione, ad una discussione one-to-one con un altro insegnante (educato al metodo riparativo), ad una conferenza di gruppo con i genitori. Solo dopo questi steps, lo studente lascia la scuola, e anche questo va fatto secondo un criterio riparativo: non con l'espulsione, ma consentendo di individuare metodi coerenti tra le esigenze del giovane e metodi scolastici (Claassen 2008).

### **3. Il processo decisionale**

Ci sono anche dei metodi riparativi per condurre le discussioni, per esempio formando piccoli gruppi in modo che tutti possano contribuire, utilizzando un “talking stick” (bastone parlante), che si fa girare all’interno del cerchio dei partecipanti, in modo tale che ciascuno possa prendere la parola. Allo stesso modo, le decisioni non devono essere prese da una maggioranza, in cui gli estremi vincono la maggior parte delle volte. Un altro metodo è stato proposto già nel 1770 da J-C de Borda: si determina il vincitore di un’elezione dando a ciascun candidato un certo numero di punti corrispondente alla posizione raggiunta in base ai votanti. Una volta che tutti i voti sono stati contati, il candidato con il maggior numero di punti vince. Poichè a volte questo sistema elegge candidati ampiamente accettabili, piuttosto che quelli preferiti dalla maggioranza, il conteggio Borda è spesso descritto come un processo basato sul consenso elettorale, che utilizza un sistema a matrice, piuttosto che uno maggioritario ([http://en.wikipedia.org/wiki/Borda\\_count](http://en.wikipedia.org/wiki/Borda_count), <http://www.deborda.org/storage/Matrix%20Vote.pdf> accesso del 1.10.2011).

C’è ragione di sperare che le decisioni raggiunte con tali metodi, in seguito possano ridurre le probabilità di conflitto.

### **4. Risoluzione dei conflitti**

Quando, tuttavia, inevitabilmente i conflitti si verificano, i metodi riparativi di mediazione e risoluzione dei conflitti sono utilizzabili. Essi normalmente comprendono gli stessi principi riparativi: il facilitatore è neutrale e guida la discussione chiedendo alle parti di accettare le regole di base per il dibattito e riassume le dichiarazioni in lingua neutra. I facilitatori, di solito, non suggeriscono le soluzioni: queste vengono proposte dagli stessi partecipanti. L’accordo può riguardare il modo in cui le parti si relazioneranno

tra loro, compreso il modo in cui comunicheranno; se è stato causato del male, spesso suggerirà un modo per riparare al danno, ma in molti casi il dialogo stesso è la riparazione. Alcuni operatori e servizi si specializzano, per esempio, nel quartiere, nella famiglia, sul posto di lavoro, o nella mediazione commerciale, e vi sono diverse tecniche (l'uso di un "copione", una "conferenza", un "negoziato diplomatico" e così via), ma i principi di base sono gli stessi.

## 5. Giustizia riparativa e sua applicazione

I processi fin ad ora descritti fanno tutti parte della sfera del diritto civile. Essi sono comunemente descritti come "pratiche" riparative. La giustizia riparativa, propriamente detta, è usata quando la vittima ha subito un danno e l'azione è stata classificata come penale. Si tratta di un processo distinto in due fasi. La legge stabilisce che le azioni di un certo tipo sono penali, ma quando un particolare individuo commette un'azione di quel tipo, la vittima può o no decidere di segnalarlo come un crimine, o la polizia o il pubblico ministero possono decidere di non trattarlo come un crimine, per esempio per insufficienza di prove.

Dobbiamo, a questo punto, ritornare alle caratteristiche tipiche della giustizia riparativa di Shapland e confrontarle con gli standard europei selezionati, e con la legislazione di alcuni paesi. Vedremo alcune criticità per la giustizia riparativa, e, infine, considereremo alcune linee guida da tenere presente, quando si introduce la giustizia riparativa.

### *Segni particolari della giustizia riparativa*

I principi proposti dal professor Shapland, come si ricorderà, sono stati:

- Inclusionione, partecipazione e giustizia procedurale;
- Accoglienza emozionale e gli effetti del reato;

- Problem solving per il futuro;
- Costruzione del capitale sociale e partecipazione alla comunità (Shapland et al. 2011: cap. 7).

### **5.1. La Giustizia riparativa e gli standard selezionati europei**

Guardando prima di tutto a Shapland *et al.* e al principio di inclusività, partecipazione e giustizia procedurale, il Consiglio d'Europa (1999) dice a proposito (i riferimenti sono nell'Appendice della Raccomandazione n. R (99) 19). Le parti dovrebbero dare il libero consenso (# 1) (ma non menziona la pressione esercitata sull'accusato, quando l'alternativa a un processo di recupero è il procedimento. "Consenso informato" potrebbe essere un termine più concreto). Le discussioni sono confidenziali (# 2), a parte le informazioni sui gravi crimini recenti (# 30). La mediazione dovrebbe essere disposta ovunque (# 3), risultato che solo alcuni paesi hanno ottenuto, e in tutte le fasi del processo di giustizia penale (# 4), obiettivo che nessun paese ha ancora raggiunto.

La raccomandazione è stata sviluppata dalla Commissione Europea per l'Efficacia della Giustizia (CEPEJ 2007), anche se non è chiaro se il documento è stato fatto circolare largamente. Si riferisce anche alla giustizia processuale, vedi la raccomandazione agli avvocati di fornire informazioni sulla giustizia riparativa (CEPEJ # 13). Essa suggerisce che gli Stati membri stabiliscano i criteri per l'accreditamento dei mediatori, dei formatori e dei servizi di mediazione (# 22), anche se quelli che appoggiano il massimo coinvolgimento della comunità potrebbero preferire che tale funzione sia svolta da un'ONG ben consolidata, e potrebbero chiedersi se è possibile progettare un "attestato di mediatore europeo" che soddisfi i bisogni di tutti. C'è una raccomandazione per una procedura di reclamo (# 29), che il Consiglio d'Europa non aveva incluso.

Shapland *et al.* giustamente menzionano l'importanza della partecipazione delle persone colpite dal reato, e il Consiglio d'Europa afferma che gli accordi dovrebbero essere perseguiti volontariamente dalle parti (# 31). Ciò tuttavia non mette in evidenza che l'accordo dovrebbe essere raggiunto dalle parti stesse: i mediatori non dovrebbero spingerli verso una particolare forma di riparazione. Inoltre essa non considera cosa i mediatori dovrebbero fare se sentono che un accordo proposto è irragionevole.

Un aspetto rilevante del processo di riparazione ha a che fare con le emozioni e gli effetti del reato. Il tradizionale sistema di giustizia penale è spesso criticato per non tenerne conto. Le norme europee non dicono nulla in proposito, e questo probabilmente è giusto: si tratta di questioni che appartengono alla formazione dei mediatori, piuttosto che alle leggi e alle linee guida. È importante, tuttavia, tenerlo a mente proprio perché è una delle caratteristiche che contraddistinguono la giustizia riparativa. Essa contribuisce a raggiungere l'alta percentuale di soddisfazione delle vittime e i trasgressori a rispettare gli accordi. Inoltre incoraggia la crescita di empatia reciproca (anche se, ovviamente, non la garantisce). C'è una tendenza della giustizia e delle linee guida ad enfatizzare questi risultati: le scuse, il risarcimento o i lavori in favore della comunità. Questi sono importanti se la vittima vi attribuisce importanza, ma gli studi in Inghilterra hanno rilevato che molte vittime ritengono che la migliore riparazione che un reo possa fare sia quella di non offendere più, e quindi di cooperare con qualsiasi programma orientato in questo senso. Sarebbe interessante sapere se le vittime di altri paesi la pensano allo stesso modo.

Una terza caratteristica della giustizia riparativa è la risoluzione di problemi per il futuro e la costruzione del "capitale umano". Questo implica che il processo guardi al di là dell'incontro effettivo per la riparazione. Il capitale umano è un termine usato per indicare le risorse caratteriali e le competenze possedute da una

persona, che la aiutano ad affrontare la vita. È ben noto che i criminali spesso non hanno molte di queste caratteristiche essenziali. Un rapinatore di banche potrebbe mancare di educazione, di abilità, o della capacità di pensare alle conseguenze delle sue azioni, un banchiere fraudolento potrebbe mancare di quella empatia per le sue vittime che gli impedirebbe di frodarle dei loro risparmi<sup>1</sup>. Un incontro ripartivo permette loro di incontrare le persone cui hanno fatto del male, che tra l'altro, probabilmente, provengono da diverse aree della società e non condividono i loro valori senza scrupoli. Anche in questo caso, non vi è alcuna garanzia che provano empatia, ma può succedere. In Sud Africa, una donna che era stata vittima di un furto con scasso aggravato incontrò uno dei ladri nella prigione di Leeuwkop, a Johannesburg e disse in seguito che guardandolo negli occhi, per la prima volta, aveva visto un giovane uomo sincero che meritava una seconda chance. Questi è diventato un amico della sua famiglia e insieme hanno condotto laboratori di restauro (Sowetan, 14 luglio 2003). Un altro caso è descritto da Braithwaite (2002: 22-24). Le compagnie di assicurazione in Australia vendevano inappropriatamente polizze assicurative senza valore ad analfabeti nelle comunità aborigene. I Top managers accettarono di visitarli, e alcuni di loro tornarono a Canberra vergognandosi di ciò che la loro società aveva fatto. L'azienda ha volontariamente ricompensato 2000 assicurati e ha creato un Fondo di Educazione per i Consumatori Aborigeni.

Un colpevole probabilmente parlava per molti, quando ha detto "C'è stata una quantità di volte in cui volevo smettere e andarmene, ma la voglia... era troppo grande e mi sentivo autorizzato ogni volta [sebbene] mi sentissi colpevole ogni volta"

<sup>1</sup> Nel Regno Unito, per esempio, la Barclays Bank ha venduto inappropriatamente le assicurazioni per la protezione dai pagamenti (PPI) e ha dovuto pagare 60 milioni di per rimborsare i clienti, più una multa di 7.7 milioni di £ (Daily Telegraph 5 Ottobre 2011).

(Hanvey *et al.* 2011: 100). Incontrare la vittima o qualcuno che rappresenti la vittima, rende più difficile “autorizzare se stesso”.

In quarto luogo, *costruire il capitale sociale e contribuire alla comunità*. Il Consiglio d’Europa cita appena questo argomento. Consiste di due aspetti: il servizio di mediazione in sé e i servizi di supporto ai partecipanti. La Raccomandazione dice (due volte) che i servizi di mediazione dovrebbero avere sufficiente autonomia (# 5, 20), non menziona i servizi gestiti dalle ONG indipendenti, ma questo è implicito quando afferma che dovrebbe esservi una consultazione regolare tra le autorità di giustizia penale e i servizi di mediazione (# 33). Inoltre sostiene che i mediatori dovrebbero essere reclutati da tutte le classi sociali (# 22), affermazione che apre la strada per l’utilizzo dei volontari formati.

Il secondo aspetto riguarda i servizi di supporto. C’è una menzione imprecisa circa l’opportunità di linee guida per la gestione di casi di mediazione (# 7), e sulla formazione dei mediatori di base che dovrebbe includere una conoscenza del sistema di giustizia penale (# 24), ma occorre fare di più. Come Shapland *et al.* giustamente dichiarano: “Lo Stato deve fornire i programmi o le strutture che sono recepiti negli accordi convenuti” (2011: 76). I mediatori hanno la necessità di sapere quali servizi esistono a livello locale, come ad esempio la terapia cognitivo-comportamentale, la gestione della rabbia e le competenze di base quali l’alfabetizzazione; non dovrebbero sollevare false speranze, lasciando che le parti stipulino un accordo per il quale le risorse non sono disponibili. Se mancano, il servizio di mediazione dovrebbe attirare l’attenzione dello Stato o dalle ONG interessate a colmare tale lacuna. Si dovrebbe continuare ad avere un contatto con le vittime, per far in modo che non abbiano questioni irrisolte dopo la mediazione. I trasgressori spesso hanno bisogno di aiuto per superare il marchio della condanna, anche se la partecipazione al processo di riparazione già dovrebbe di per sé contribuire a farlo.

CEPEJ raccomanda il riconoscimento delle autorità sociali,

delle organizzazioni di sostegno alle vittime e delle altre strutture che possono offrire mediazione o giustizia riparativa (# 12) e sostiene anche il coinvolgimento della comunità.

Le raccomandazioni di questo genere hanno necessità di essere sviluppate da un codice sulle prassi. In Inghilterra abbiamo la guida *Best practice guidance for restorative practice (La migliore guida pratica per la procedura riparativa)*, rilasciata dal Consiglio di Giustizia Riparativa (2011). Il rapporto tra lo Stato e il settore delle ONG è chiarito dal fatto che questo codice è prodotto da un'ONG, approvato dalle agenzie statali e da altre ONG, e ha una prefazione di un ministro del Ministero della Giustizia. Essa comprende una sintesi delle competenze necessarie ai facilitatori e le linee guida per lo svolgimento di una sessione di riparazione. Essa riconosce la sovrapposizione tra situazioni civili e penali, inclusa una sezione sulle pratiche di "restauro" informale, e si conclude con la guida amministrativa per le organizzazioni che forniscono servizi di riparazione e i loro amministratori.

Una dichiarazione più recente, ancora in forma di bozza, è stata rilasciata dalla Commissione europea (2011): una proposta che istituisce norme minime sui diritti, sul sostegno e sulla protezione delle vittime di crimine. Questa è stata ben accolta dall'European Forum for Restorative Justice (Forum Europeo per la Giustizia Riparativa) poiché la giustizia riparativa è inclusa tra i servizi richiesti dalle vittime; nella sua forma attuale è comunque presa in considerazione al fine di mettere in evidenza l'inadeguata enfasi sulla necessità di garanzie, piuttosto che sui benefici, e quindi sulla necessità di accesso alla giustizia riparativa per tutte le vittime del crimine e l'opportunità di promuoverla attivamente in tutti gli Stati membri (Kearney, comunicazione personale 2011/09/20).

## 6. La Giustizia riparativa nella legislazione

Come si traducono questi principi nella legislazione dei paesi europei? Dobbiamo considerare in primo luogo se sia vincolante o permissiva, o se non dica nulla a proposito. In Inghilterra e nel Galles esistono tre tipi. Per i giovani delinquenti per alcune categorie di reato la corte *deve* ordinare che il caso sia rinviato ad una giuria di giovani che hanno commesso un reato precedentemente. Per gli adulti, il giudice *può* ordinare una “sentenza comunitaria” (simile a quella che si è soliti chiamare “libertà vigilata”) comprendente alcuni “requisiti” per le “attività specifiche”, che possono includere “attività il cui scopo è quello della riparazione, così come attività che comportano il contatto tra colpevoli e vittime” (Criminal Justice Act del 2003, sec. 201 (2)). In terzo luogo, una persona condannata, o la vittima, può richiedere un incontro riparativo; questo include i condannati a pene detentive. L'effetto di ciò è che per i giovani autori di reato è stato creato un sistema che fa in modo che l'ordinanza del tribunale sia esecutiva, ma non è completamente riparativa, perché in molti luoghi poco sforzo è stato fatto per incoraggiare le vittime a partecipare, e poche lo fanno. Per gli adulti, il servizio di affidamento in prova è tenuto a contattare le vittime prima del rilascio di un prigioniero che stia scontando una condanna a un anno o più per un reato violento, e questa sarebbe una buona occasione per il contatto riparativo, tuttavia, poco uso è fatto di questa disposizione, perché ci sono pochi ufficiali giudiziari o ONG in grado e disposti a facilitare gli incontri riparativi. Per i condannati trasgressori vi sono riunioni in vista del recupero per lo più su iniziativa di ONG locali come CALM (Confidential and Local Mediation - Mediazione riservata e locale) nella zona ovest di Londra; dato che non rientra nel sistema ufficiale, ciascun caso deve essere negoziato con le autorità carcerarie. A poco a poco i protocolli locali si stanno sviluppando. In Belgio, per un periodo di tempo (fino al 2008) i consiglieri di

giustizia riparativa sono stati disponibili in ogni carcere (VanDosselare e Vanfraechem 2010: 60).

Quando Shapland *et al.* parlano di inclusione e partecipazione, intendono includere principalmente tutte le persone colpite dal reato, soprattutto la famiglia e gli amici sia della vittima che del reo. Questo si ottiene con la “conferenza”, ma non con la mediazione one-to-one. Facendo un ulteriore passo in avanti, se la giustizia riparativa è disponibile solo in alcuni tipi di reati, vi è, per definizione, non inclusività. In Inghilterra e nel Galles vi sono le Youth Offender Panels (Giurie di Giovani Colpevoli), che comprendono volontari formati, ma sono disponibili solo per giovani delinquenti che compaiono in tribunale per la prima volta, e che hanno confessato reati non troppo gravi; perciò le vittime dei delinquenti adulti, i recidivi e delinquenti “cronici” sono esclusi. Tuttavia, quando un caso rientra nei criteri previsti per legge, deve essere sottoposto alla commissione, per questo quindi il numero è comunque alto. Le vittime possono essere invitate a prendere parte agli incontri, ma non molte lo fanno. La maggior parte della legislazione segue la tradizionale attenzione ai trasgressori, non alle vittime. In Germania, ad esempio, solo reati minori possono di solito essere “trattati” al di fuori del procedimento giudiziario (Lenz *et al.* 2010: 124).

In Austria il nome utilizzato, Risoluzione del reato Out-of-court – Fuori del Tribunale (ATA: Aussergerichtlicher Tatausgleich), sottolinea il fatto che i casi sono penali e che sono “trattati” fuori dal tribunale, ma i mediatori sono tutti professionisti. L’istituto riguarda reati fino ad un certo livello di gravità: come in altri paesi questo livello è definito dalla massima pena detentiva che può essere imposta, una reliquia del tradizionale sistema che si basa sulla punizione del reo, piuttosto che sul danno causato alla vittima (Pelikan 2010).

In *Norvegia* la mediazione può essere fornita sia nei conflitti civili che penali; nei casi penali la VOM (Victim Offender Media-

tion) può essere applicata con una condanna detentiva sospesa, che implica reati più gravi, e viene sempre più utilizzata nei casi di reati violenti (Hydle e Kemeny 2010: 207).

Anche la *Finlandia* ha legiferato per la mediazione in materia penale e in alcuni casi civili; è amministrata dal Ministero degli Affari Sociali e della Salute, attraverso un comitato nazionale consultivo. La legge prevede il finanziamento del servizio con fondi governativi. Qualsiasi tipo di reato può essere affrontato; ci sono alcune eccezioni, per esempio con alcune vittime vulnerabili. Sia in Norvegia che in Finlandia i mediatori sono volontari formati (Iivari 2010).

In *Italia* i servizi di mediazione (soprattutto per i minori) sembrano essere stati istituiti a seguito di iniziative locali, e alcuni mediatori sono volontari in modo tale da soddisfare il criterio del coinvolgimento della comunità. Per i colpevoli adulti, tuttavia, i giudici non prevedono la mediazione.

Tali esempi mostrano che non c'è una risposta semplice alla domanda: "Quanto è utilizzata la giustizia riparativa in un determinato paese?" Si deve rispondere considerando vari aspetti. È disponibile in tutte le fasi del processo di giustizia penale: deviazione dal processo, come (parte della) condanna, dopo la condanna, o per azioni che non sono necessariamente classificate come criminali (tra cui alcuni reati privati denunciati)? Fino a che livello di gravità. È disponibile a livello nazionale? Incontra i criteri aggiuntivi quali il coinvolgimento della comunità (comprese quelle appartenenti alle minoranze etniche) e la disponibilità dei servizi di supporto di post-mediazione? Ogni paese risponde a tali quesiti in modi differenti.

## **7. Criticità per la giustizia riparativa**

Restano ancora molti interrogativi connessi all'efficacia della giustizia riparativa. Per esempio cosa si può fare, quando il processo

riparativo non può essere utilizzato, se la vittima rifiuta di partecipare o il colpevole non è cooperativo? E le pratiche riparative si stanno sviluppando correttamente?

### *7.1. Quando un processo completamente riparativo non è possibile*

Il primo e fondamentale punto è che la giustizia riparativa può essere utilizzata solo quando l'imputato ammette almeno un po' il coinvolgimento nel reato. Se egli afferma di essere vittima di uno scambio di identità, non è la persona con cui la vittima dovrebbe avere un dialogo. Se ammette il coinvolgimento, ma minimizza, lo giustifica o non mostra alcun rimorso, la vittima dovrebbe essere consultata; se tuttavia dovesse urlare contro il colpevole, a prescindere dal suo comportamento o mettere in campo un atteggiamento offensivo o provocatorio, un incontro non sarebbe utile.

In tal caso, ovvero se il colpevole rifiuta di incontrare la vittima, o non riesce a mantenere l'accordo, chiaramente non è accettabile dire "Offriremo la giustizia ripartiva". Al contrario, se la vittima non può o non vuole prendere parte alla mediazione, non è giusto imporre una sanzione punitiva ad un reo che è disposto a fare ammenda. In questi casi il trasgressore deve affrontare le "conseguenze" di qualche tipo, ma dovrebbero essere di tipo riparativo, per esempio sottoponendosi ad un corso di consapevolezza o facendo un lavoro per la comunità. Dovrebbe essere un lavoro dal valore evidente. Se possibile, il trasgressore dovrebbe incontrare i beneficiari del lavoro, o lavorare al fianco di volontari ad un compito comune, ricevendone gratificazione. Questo contribuisce all'obiettivo della reintegrazione. Può essere fisicamente impegnativo o addirittura un lavoro spiacevole, ma il fattore essenziale è che non sia imposto.

## 7.2. *La Giustizia riparativa è attuata correttamente?*

Mettere la questione in questo modo è fuorviante, perché implica che ci sia un modo “giusto”. Sarebbe meglio chiedersi se sia svolta nello spirito della giustizia riparativa. I mediatori, ovviamente, devono essere educati, e vi è qualche prova che quelli precedentemente formati in giustizia penale abbiano bisogno di prestare particolare attenzione ai principi riparativi come la condanna del reato, senza rifiutare il colpevole, senza usare l’incontro di mediazione per raccogliere informazioni per il procedimento con scopi accusatori. Un sistema di accreditamento di coloro che hanno completato con successo la formazione è necessario, ma dovrebbe essere tale da far diventare mediatori sia i volontari che i professionisti. Ciò implica la compilazione di standard, come la già citata guida *Best practice guidance for restorative practice* (La migliore guida pratica per la procedura riparativa), (2011).

La necessità di servizi di supporto è già stato menzionata. Essi dovrebbero essere disponibili anche nei casi in cui la giustizia riparativa non è possibile o inappropriata. Servizi a sostegno alle vittime (che possono includere organizzazioni per le vittime di reati specifici, come ad esempio omicidio, o omicidio procurato con un veicolo a motore, stupro, e altri). Per i trasgressori ci sono molte organizzazioni, almeno nel Regno Unito; quella che funziona in modo riparativo, pur non coinvolgendo le vittime è *Circles of Support and Accountability* (Circoli di supporto e responsabilità), per autori di reati a sfondo sessuale dopo la scarcerazione, a causa del marchio legato al crimine, molto probabilmente incontreranno difficoltà, solitudine e disoccupazione. Ci sono altri requisiti da soddisfare rispetto al concetto di riparazione. Per esempio, i mediatori dovrebbero essere reclutati tra tutti i gruppi sociali, comprese le minoranze etniche. Dovrebbe esserci una relazione annuale, che dimostri la responsabilità nei confronti della comunità locale.

Infine, alla giustizia riparativa si rimprovera di considerare il cri-

mine come evento isolato, commesso da un criminale, che è chiamato ad “aggiustare” le cose, senza guardare al contesto sociale. In concreto accade che quando i facilitatori di incontri riparativi ritengono che ci siano particolari fattori legati alla criminalità, vedi l’elevato numero di rei provenienti da una determinata scuola o quartiere, per questa ragione, essi attirano l’attenzione delle autorità responsabili della riduzione della criminalità e la politica sociale in generale.

## **8. Conclusioni**

Per riassumere: che cosa è questo nuovo modello, o nuova incarnazione di una vecchia istituzione umana? Abbiamo iniziato con la giustizia riparativa, che è un’applicazione un po’ particolare perché si occupa di illeciti e quindi coinvolge spesso il sistema di giustizia penale. Potrebbe essere usato in diverse fasi del processo. I paesi attuano la giustizia riparativa in misura diversa, e la legge a volte non raggiunge gli ideali riparativi, concentrandosi per esempio sui criminali, piuttosto che sulle vittime, e in alcuni casi limitando gli incontri riparatori agli imputati minorenni e alle loro vittime. Ci sono pochi paesi nei quali la giustizia riparativa è disponibile a livello nazionale, anche in misura limitata. Il pubblico e i media non sempre comprendono il concetto in modo chiaro, ad esempio, ordinare ad un reo di fare un lavoro umile, per la volontà di punire, senza un tentativo di dialogo vittima-colpevole, a volte è erroneamente descritto come “giustizia riparativa”. Ecco il primo cambiamento di paradigma: essere lontani dall’idea di punizione, mirare alla risoluzione del conflitto e reinserire i colpevoli nella comunità. Partire cioè non dalla domanda come dovrebbero essere puniti, ma come possono fare un uso migliore della loro vita in futuro. Il modello, ottenere questo risultato deve avere un approccio che favorisca l’empatia e la comprensione, e quindi un comportamento che sia motivato da tali relazioni.

Queste idee si basano sul desiderio di permettere alle persone di risolvere i conflitti da soli, piuttosto che imporre una decisione dall'alto, e sull'incoraggiare l'empatia, come base per farlo. Esse sono state applicate in altre sfere della vita, in particolare nelle scuole. Ai bambini si può dimostrare come stabilire le proprie regole, e che possono farlo in modo molto concreto. Possono anche comprendere i principi fondamentali della risoluzione dei problemi in modo rispettoso, non giudicante, condannando l'azione illecita, non il malfattore.

Gli stessi principi sono anche presenti fuori, nella società. Nella città di Hull, nel nord-est dell'Inghilterra, tutti coloro che lavorano con i bambini sono stati formati con metodi riparativi. Lo scopo è quello di orientarsi verso l'armonia con la creazione di una "città riparativa". Le controversie tra vicini di casa possono essere risolte con l'aiuto dei mediatori, così come i conflitti tra i membri della famiglia, o tra compagni di lavoro. Le persone che erano considerate un problema entrano a far parte della soluzione al problema. Come Thomas Kuhn (1962) ha dimostrato, le rivoluzioni nel modo di pensare non avvengono dall'oggi al domani. Ma siamo nel bel mezzo di un cambiamento di paradigma, e stiamo imparando a vivere in armonia con il pianeta.



# I diritti delle vittime nel panorama legislativo internazionale

di Andrea Cannone\*

## 1. Introduzione

La premessa generale da cui occorre partire, stante l'assenza di un legislatore sovraordinato nella comunità internazionale, è data dall'esistenza di atti giuridici internazionali che hanno natura giuridica ed efficacia diversa. In particolare occorre evidenziare la fondamentale distinzione tra atti internazionali che hanno efficacia obbligatoria, come gli accordi internazionali e atti che tale efficacia non possiedono, come le raccomandazioni di organi di organizzazioni internazionali, quali l'Assemblea generale delle Nazioni Unite o, sul piano europeo, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Le raccomandazioni internazionali consistono infatti in esortazioni di carattere politico o morale rivolte agli Stati membri delle organizzazioni e che confluiscono nella più ampia categoria denominata *International soft law*.

Occorre poi tenere presente che l'Unione europea (attualmente formata da 27 Stati membri) – accanto ai più noti atti ob-

\* Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari.

bligatori di diritto comunitario quali i regolamenti, le direttive e le decisioni – ha emanato in passato, nelle materie rientranti nella cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (c.d. III pilastro), anche atti obbligatori denominati decisioni quadro, che tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 1° dicembre 2009, non sono più previsti.

A questo punto possono essere indicate le più importanti raccomandazioni internazionali concernenti la protezione delle vittime adottate nell'ambito delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa (organizzazione intergovernativa regionale che conta attualmente 47 Stati membri al cui interno operano gli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950).

*Consiglio d'Europa:*

- Raccomandazione R(85)11 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla posizione della vittima nel quadro del diritto penale e della procedura penale;
- Raccomandazione (92)16 del Consiglio d'Europa - Regole Europee sulle sanzioni e misure alternative alla detenzione del 19 ottobre 1992,
- Raccomandazione (99) 19 del Consiglio d'Europa, adottata dal Comitato dei Ministri in data 15 settembre 1999 avente per oggetto la mediazione in ambito penale, definita come il “procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono in piena libertà, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo indipendente (mediatore)”;
- Raccomandazione REC (2003)20 del Consiglio d'Europa del 24 settembre 2003 sul nuovo trattamento della delinquenza giovanile e sulla giustizia minorile che contiene un breve riferimento alla riparazione delle vittime e alla mediazione;
- Linee guida per una migliore attuazione delle raccomandazioni

relative alla mediazione in materia penale adottate il 7 dicembre 2007 in seno al Consiglio d'Europa dal CEPEJ-Commissione europea sull'efficienza della giustizia.

ONU:

- Risoluzione 40/34 dell'Assemblea generale del 29 novembre 1985 "Dichiarazione di principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere";
- Risoluzione del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) adottata il 24 luglio 2002 che incoraggia gli Stati membri ad utilizzare i Principi Base sull'uso dei programmi di Giustizia Riparativa nell'ambito penale;
- Dichiarazione dell'Undicesimo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e la giustizia penale che invita, tra l'altro, gli Stati membri a riconoscere l'importanza di sviluppare ulteriormente politiche di *Restorative Justice* (Bangkok, 18-25 aprile 2005)

Una sintetica elencazione delle più importanti raccomandazioni internazionali in materia di protezione delle vittime è poi contenuta nelle Linee guida adottate dal Ministero per la giustizia-Dipartimento per la giustizia minorile in materia di mediazione penale minorile (Italia) il 30 aprile 2008.

Merita infine di essere menzionata l'attività delle organizzazioni internazionali non governative (ONG) tra cui spicca quella reperibile su internet al website: [euforumrj.org](http://euforumrj.org)

## **2. La protezione dei diritti delle vittime nei procedimenti penali**

La disciplina in materia adottata dall'Unione europea si basa sulla competenza che le è stata attribuita dagli Stati membri nel settore

della cooperazione giudiziaria in materia penale e che è disciplinata nell'art. 82 ss. TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Di tratta in particolare dell'art. 82, par. 2 che concerne l'emanazione di direttive contenenti norme minime sulla cooperazione nelle materie penali aventi dimensione transnazionale e dell'art. 83 che prevede l'emanazione di direttive che stabiliscono norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità elencate nel par. 2 e che hanno una dimensione transnazionale o per il carattere o le implicazioni dei reati oppure per una particolare necessità di combatterli su basi comuni; entrambe le disposizioni prevedono il c.d. 'freno di emergenza, ossia la possibilità che uno Stato membro, se ritiene che vengano messi in discussione aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può ottenere la sospensione del procedimento di adozione della direttiva e il rinvio della discussione al Consiglio europeo all'esito della quale si ha o il rinvio del progetto al Consiglio o la possibile instaurazione in materia di una cooperazione rafforzata tra gli Stati interessati che devono essere almeno 9 (art. 82 par. 3 e art. 83 par. 3).

Il Trattato dell'Unione europea, nella formulazione precedente al Trattato di Lisbona, tra le disposizioni del c.d. III Pilastro all'art. 34 prevedeva, come si è detto, l'emanazione in queste materie di decisioni quadro e la possibile adozione di convenzioni internazionali che richiedevano la ratifica da parte degli Stati membri. Era prevista, inoltre, nell'art. 35 una particolare competenza pregiudiziale della CGCE. Nel periodo anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la più importante decisione quadro adottata riguardava il mandato d'arresto europeo, per la cui attuazione l'Italia ha emanato un'apposita legge. In base all'art. 34 par. 2 lett. b) Trattato UE allora in vigore la decisione quadro era definita come un atto che obbliga gli Stati membri quanto al risultato da raggiungere, restando essi liberi circa la forma e i mezzi da utilizzare, ma che non ha efficacia diretta. Quest'ultima caratteristica

serviva a distinguere le decisioni quadro dalle direttive che sono definite allo stesso modo ma rispetto alle quali, in base a una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, in presenza di determinati requisiti (chiarezza, sufficiente precisione e carattere incondizionato) si affermava che, pur in assenza di attuazione potevano egualmente produrre effetti diretti nei rapporti verticali, ossia nei rapporti in cui la direttiva era invocata contro un'autorità pubblica.

La decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale si propone di offrire alle vittime della criminalità un livello elevato di protezione mediante il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri dell'Unione europea. Di essa verrà data una sintetica descrizione unitamente alle modalità di attuazione indicate da parte italiana e descritte nel rapporto della Commissione europea COM (2009) 166 def. Infine verrà tratteggiata la giurisprudenza della Corte di giustizia UE relativa alla predetta decisione quadro che ha fornito importanti chiarimenti e che consente anche di intendere concretamente il modo in cui la decisione quadro è stata 'vissuta' all'interno dell'ordinamento giuridico italiano e di alcuni altri Stati membri.

Il contenuto della decisione quadro: la nozione di vittima (art. 1 lett. *a*) include la persona fisica che ha subito un pregiudizio (anche fisico o mentale), sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni costituenti una violazione del diritto penale di uno Stato membro. La decisione quadro prevede, pur senza darne una specifica definizione, la figura della vittima particolarmente vulnerabile per la quale si richiede, in generale, a ogni Stato membro di assicurare un trattamento specifico che sia ottimale rispetto a tale condizione e una tutela particolare in caso di udienza pubblica (art. 8 par. 4); in quest'ultima nozione rientrano, in base a un'altra decisione quadro (2004/68 art. 9 par. 2) i bambini vittime di reati di sfruttamento sessuale e di pornografia

infantile. In Italia, secondo quanto riferito nel Rapporto della Commissione, al riguardo vengono presi in considerazione gli individui particolarmente vulnerabili a causa di condizioni fisiche o mentali (minori o portatori di handicap). Nella sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005 Pupino – su cui oltre – sono state considerate vittime particolarmente vulnerabili i bambini in età infantile che nella causa principale che si svolgeva in Italia sostenevano di essere vittime di maltrattamenti.

La garanzia della possibilità della vittima di essere sentita e di fornire elementi di prova durante il procedimento di cui all'art. 3 par. 1 della decisione quadro è attuata dagli Stati membri soprattutto mediante la costituzione di parte civile, mentre l'interrogatorio della vittima è previsto solo per quanto necessario al procedimento penale (art. 3 par. 2) e l'Italia lo limita ai fatti attinenti all'accusa penale.

Risultano poi previsti i seguenti obblighi degli Stati membri di garantire alla vittima:

1. rispetto della dignità personale nel procedimento e tutela dei diritti e degli interessi giuridicamente protetti in particolare nel procedimento penale (art. 2 par. 1) e, come si è detto, trattamento specifico per le vittime particolarmente vulnerabili (art. 2 par. 2);

2. diritto di essere informata (art. 4) e di parità di trattamento rispetto all'imputato in ordine alla comprensione nelle fasi più importanti del processo penale (art. 5);

3. garanzia di protezione in ordine alla sicurezza o all'intimità della vita privata, esteso ai familiari e alle persone assimilabili, in caso di seria minaccia di atti di ritorsione o prova certa di serio intento di ingerenza nella vita privata (art. 8 par. 1), in particolare garantendo di evitare contatti negli edifici degli organi giudiziari tra vittime e autori del reato (art. 8 par. 3) e per le vittime particolarmente vulnerabili, in caso di udienza pubblica, garanzia di assi-

curare testimonianza in condizioni di protezione della vittima compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento;

4. diritto al risarcimento entro un termine ragionevole con incoraggiamento da parte dello Stato nei confronti dell'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima (art. 9 par. 1 e 2);

5. promozione da parte degli Stati membri della mediazione in materia penale per i reati che ciascuno Stato membro ritiene idonei per questo tipo di misura (art. 10);

6. riduzione delle difficoltà per le vittime residenti in uno Stato membro diverso da quello del commesso reato in ordine allo svolgimento del procedimento, con possibilità di video conferenza o di denuncia nello Stato membro di residenza (art. 11);

7. promozione negli Stati membri di servizi specializzati e organizzazioni di assistenza alle vittime (art. 13) e incentivazione della relativa formazione professionale con particolare riferimento alle vittime particolarmente vulnerabili e agli organi di polizia e operatori nel settore della giustizia (art. 14);

8. assicurazione che la vittima non subisca pregiudizi ulteriori o inutili pressioni con il coinvolgimento delle forze di polizia, dei servizi pubblici e delle organizzazioni di assistenza alle vittime (art. 15).

I termini di attuazione della decisione quadro di cui all'art. 17 sono differenziati in relazione a specifiche disposizioni e rispettivamente, sono il 22 marzo del 2002, del 2004 e del 2006.

L'art. 18 infine prevede che venga presentata una relazione scritta da parte della Commissione europea sulla base delle comunicazioni degli Stati membri relative all'attuazione della decisione quadro da sottoporre alla valutazione del Consiglio (art. 18).

Merita infine di essere brevemente menzionata la disciplina relativa alle conseguenze che erano previste nel Trattato UE, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009: posto che – come si è detto – era decisamente escluso che le decisioni qua-

dro potessero produrre effetti diretti, in caso di mancata attuazione da parte degli Stati membri, in base al vecchio art. 35 par. 7 TUE, la relativa controversia tra Stati membri era sottoposta al Consiglio (organo politico) e solo in mancanza della sua soluzione entro sei mesi sorgeva la competenza della Corte di giustizia. È evidente che, trattandosi di un meccanismo basato sull'iniziativa di uno Stato membro, l'attivazione del procedimento risultava chiaramente influenzata dall'interesse politico diplomatico di uno Stato membro a sollevare la questione.

La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sulla decisione quadro 2001/220 trae origine da diversi rinvii pregiudiziali da parte di giudici nazionali in base alla disciplina contenuta nell'art. 35 parr. 1-3 Trattato UE (nella formulazione anteriore al Trattato di Lisbona) che prevedeva la necessità di una specifica approvazione di tale competenza in capo alla Corte di giustizia da parte degli Stati membri.

La decisione più rilevante è contenuta nella sentenza 16 giugno 2005 (causa C-105/03) *Pupino*. Si tratta di un rinvio pregiudiziale del gip di Firenze che sottopone alla Corte la questione se le norme del codice di procedura penale italiano che prevedono le modalità di audizione protetta mediante incidente probatorio per casi tassativi di delitti sessuali o a sfondo sessuale possono essere utilizzate, mediante una interpretazione conforme alle disposizioni della decisione quadro, anche al caso di specie relativo a maltrattamenti da parte di una maestra verso bambini in età infantile (meno di 5 anni) al fine di ottenere la formazione di una prova prima del dibattimento.

La sentenza è ampiamente nota e riportata nella manualistica poiché afferma il principio generale secondo cui il principio dell'interpretazione conforme vige anche rispetto alle decisioni quadro. In base a tale principio se una disposizione legislativa statale è suscettibile di più interpretazioni di cui solo una risulta conforme alla decisione quadro è solo quest'ultima che bisogna pri-

vilegiare. In proposito la Corte tuttavia individua dei limiti consistenti nel rispetto dei principi generali del diritto, in particolare nella certezza del diritto e nel principio di non retroattività specificando che:

Questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni (v., per quanto riguarda le direttive comunitarie, in particolare, sentenze X, citata, punto 24, e 3 maggio 2005, cause riunite C 387/02, C 391/02 e C 403/02, Berlusconi e a., Racc. pag. I 3565, punto 74).

La Corte precisa che nel caso di specie non si trattava di aggravare la responsabilità penale della sig. Pupino ma di considerare le disposizioni della decisione quadro relative allo svolgimento del processo e alle modalità di assunzione della prova:

In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Tale principio richiede tuttavia che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro.

La Corte precisa che

non è evidente che, nella causa principale, un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla decisione quadro sia impossibile. Spetta al giudice nazionale verificare se, nella detta causa, un'interpretazione conforme del suo diritto nazionale sia possibile.

La Corte infine conclude che:

la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalle citate disposizioni della decisione quadro impone che un giudice nazionale abbia la possibilità, per le vittime particolarmente vulnerabili, di

utilizzare una procedura speciale, come l'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova, prevista nell'ordinamento di uno Stato membro, nonché le modalità particolari di deposizione pure previste, se tale procedura risponde in modo ottimale alla situazione di tali vittime e si impone al fine di impedire la perdita degli elementi di prova, di ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e di impedire le conseguenze pregiudizievoli, per le dette vittime, della loro deposizione in pubblica udienza.

Essa richiede comunque che le condizioni adottate per la testimonianza non devono ledere i principi fondamentali dell'ordinamento statale, il carattere equo del processo di cui all'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella sentenza 28 giugno 2007 (causa C-467/05) *Dell'Orto* si ribadisce che la nozione di vittima di cui alla decisione quadro non include le persone giuridiche che hanno subito un pregiudizio.

Nella sentenza 9 ottobre 2008 (causa C-404/07) *Katz* si afferma che la vittima in ogni caso deve poter rendere una deposizione nel procedimento penale e tale deposizione deve poter essere considerata un elemento di prova. Nel caso di specie si trattava di una accusa privata sussidiaria in Ungheria proposta dalla vittima di una truffa a seguito del proscioglimento dell'accusato. Nella sentenza vi è un importante riferimento al compito del giudice del rinvio che deve accertarsi che la produzione delle prove nel suo complesso non deve pregiudicare il carattere equo del processo.

La sentenza 21 ottobre 2010 (causa C-205/09) *Eredics* concerne la mediazione. Secondo la Corte il fatto che alcuni Stati membri prevedono la mediazione penale quando la vittima è una persona giuridica non inficia la conclusione della sentenza del 2007 *Dell'Orto* sulla esclusione delle persone giuridiche nella nozione di vittima di cui alla decisione quadro. Una seconda que-

stione sottoposta alla Corte è risolta in questo modo: secondo la Corte l'art. 10 della decisione quadro non è violato dalla legge ungherese che consente espressamente la mediazione penale solo per reati contro la persona, contro la sicurezza dei trasporti o contro il patrimonio e va interpretato nel senso che non obbliga uno Stato membro a consentire il ricorso alla mediazione a tutti i reati il cui elemento oggettivo, come definito dalla normativa nazionale, corrisponde sostanzialmente a quello dei reati per i quali è prevista dalla normativa nazionale il ricorso alla mediazione (nel caso di specie l'intento era quello di estendere l'obbligatorietà della mediazione anche al reato di lesione degli interessi finanziari della Comunità europea).

Infine è importante la recente sentenza 15 settembre 2011 (cause riunite C-483/09 e C-1/10 *Gueye e Salmerón Sánchez*). La Corte ritiene:

1. che non è in contrasto con la decisione quadro la legge spagnola che consente di prevedere una sanzione obbligatoria di allontanamento nei confronti di autori di violenze in ambito familiare anche quando le relative vittime contestano l'applicazione della sanzione stessa poiché tale previsione è posta a tutela non solo delle vittime ma anche di interessi più generali della collettività;
2. non contrasta con la decisione quadro l'esclusione della mediazione per i procedimenti penali relativi a reati di violenza domestica. La Corte afferma che al riguardo esiste un potere discrezionale degli Stati membri che però incontra un limite nel carattere oggettivo che deve avere l'individuazione dei reati per i quali è esclusa la mediazione e che nel caso di specie gioca la particolare natura dei reati commessi nell'ambito familiare.

Viene qui tralasciata la descrizione della normativa internazionale sulla tratta delle persone di cui si fornisce tuttavia un utile elenco: Protocollo di Palermo per la prevenzione, repressione e

punizione della tratta di persone, in particolare donne e bambini addizionale alla Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale del 2000 (reso esecutivo con l. 16.3.2006 n. 146) che definisce la tratta e contiene una sezione con ampia disciplina della tutela delle vittime; Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa n. 197 (16 maggio 2005) sulla lotta contro la tratta di esseri umani che accentua la protezione delle vittime nell'ottica dei diritti umani (in vigore tra 34 Stati tra cui l'Italia a partire dal 1° marzo 2011). Sul piano UE vi è una nuova direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI e che va attuata dagli Stati membri entro il 6 aprile 2013.

Inoltre in tema di protezione di soggetti deboli è stata adottata di recente la Convenzione del Consiglio d'Europa (Istanbul, 11 maggio 2011) sulla protezione delle donne e la violenza domestica.

Tornando alla materia della protezione delle vittime va menzionata la Convenzione europea sul risarcimento delle vittime di crimini violenti (Strasburgo, 24 novembre 1983) in vigore ad oggi tra 25 Stati ma che l'Italia non ha neppure firmato. Tratto saliente di tale Convenzione è l'obbligo degli Stati contraenti di prevedere un indennizzo statale a chi ha subito gravi lesioni corporali o pregiudizi alla salute derivanti direttamente da un crimine intenzionale violento o sono morti come conseguenza di tale crimine, quando l'indennizzo non è pienamente ottenibile da altra fonte (art. 2); l'obbligo di indennizzo grava sullo Stato nel cui territorio è stato commesso il crimine a favore di cittadini degli Stati contraenti della Convenzione o di cittadini di altri Stati membri del Consiglio d'Europa residenti permanenti nello Stato in cui il crimine è stato commesso. È evidente l'incidenza di tale regola sulle finanze dello Stato contraente. Tuttavia dalla formulazione della disposizione in questione sembra potersi escludere il suo carattere *self-executing*, per cui l'azionabilità di tale indennizzo sembra ri-

chiedere l'emanazione da parte dello Stato di ulteriori apposite disposizioni che dovrebbero integrare quanto previsto nell'accordo internazionale.

### **3. La nozione di vittima nella CEDU ai fini della presentazione di ricorsi individuali alla Corte europea e la procedura delle sentenze pilota.**

Prima di dare indicazioni circa la condizione di vittima all'interno del sistema di garanzia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo pare opportuno ricordare che, oltre al sito internet della Corte europea dei diritti dell'uomo ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)) che contiene i testi delle sentenze in lingua inglese e/o francese, vi sono delle utili informazioni nel sito della Camera dei deputati ([www.camera.it](http://www.camera.it)) che nella parte 'Europa ed estero' contiene un osservatorio sulle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e che, inoltre, in base ad una specifica legge (l. 9 gennaio 2006 n.12 c.d. legge Azzolini) il Governo è tenuto a presentare annualmente una relazione sull'esecuzione delle sentenze della Corte rese nei confronti dello Stato italiano.

Premessa: l'art. 34 CEDU prevede la possibilità di proporre ricorsi individuali che devono presentare alcune condizioni di ricevibilità (per es. devono essere proposti entro 6 mesi dalla decisione interna definitiva, devono previamente essere esperiti i rimedi interni disponibili). Accanto al ricorso individuale, la Convenzione prevede un autonomo diritto ad un rimedio effettivo all'interno di ogni Stato contraente (art. 13), il diritto di accesso a un tribunale (art. 6 par. 1), la riparazione in caso di arresto o detenzione contraria all'art. 5 CEDU (art. 5 par. 5) e in caso di errore giudiziario (art. 3 Protocollo n. 7). Infine è previsto che la sentenza della Corte possa contenere la condanna dello Stato alla corresponsione di una equa soddisfazione (art. 41).

La qualità di vittima legittimata a proporre ricorso individuale

dinanzi alla Corte consiste nella persona direttamente interessata dall'atto o dalla omissione in causa tenendo presente che il ricorso spetta all'individuo, inteso come persona fisica, organizzazione non governativa o gruppo di privati. Tale nozione è autonoma e non dipende dalla eventuale legittimazione o interesse ad agire sul piano interno. Al riguardo rileva la sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000 in cui la madre, pur dichiarata decaduta dalla potestà genitoriale, si è vista riconosciuta la qualità di vittima per proporre ricorso anche a nome dei figli per proteggere i loro interessi.

Ancora la Corte ritiene che alienati o minori, privi della capacità d'agire sul piano interno, possono rivolgersi alla Corte senza essere rappresentati da tutore o curatore.

Anche in assenza di un pregiudizio si può parlare di una esistenza di una violazione perché il pregiudizio viene in rilievo, secondo la Corte, ai fini della determinazione dell'equo indennizzo di cui all'art. 41 CEDU.

Se il ricorrente decede nel corso del procedimento la qualità di ricorrente e di parte lesa si può trasferire agli eredi (vedi ad es. i casi italiani di *Colozza* sentenza del 12 febbraio 1985 e di *Scordino* sentenza del 29 marzo 2006). Tale trasferimento agli eredi è possibile se si considera acquisito da essi l'interesse all'accertamento della violazione.

In seguito si è affermata la nozione di vittima *indiretta* della violazione (nel primo caso affrontato si trattava di un'azionista principale su cui si riverberavano gli atti che riguardavano la società): si tratta della persona che può dimostrare l'esistenza di un legame particolare tra sé e la vittima diretta e di un pregiudizio che deriva dalla violazione della CEDU o in alternativa un proprio particolare interesse alla cessazione della violazione. In tempi più vicini a noi sono i casi di violazioni dell'art. 2 (diritto alla vita) o 3 (divieto di tortura o di trattamenti inumani degradanti) della CEDU che vedono agire una vedova, stretti familiari, genitori o tu-

tori danneggiati da violazioni o che hanno un personale interesse. Si tratta soprattutto delle persone scomparse in Turchia nelle regioni in cui sono presenti popolazioni curde o per operazioni 'coperte' di polizia.

Un caso che è invocato spesso al riguardo è *Open Door Counselling and Dublin Well Women of Ireland c. Irlanda* del 1992: la Corte ha ritenuto che rispetto ad un divieto della Corte suprema di fornire informazioni a donne che volevano abortire all'estero la qualità di vittima è stata riconosciuta a donne in età da parto perché appartenenti a una categoria che poteva essere direttamente 'affected'.

Si è affermata da tempo nella giurisprudenza della CEDU la tesi che si è in presenza di una vittima anche nel caso in cui l'individuo subisca o rischi di subire pregiudizi da norme generali dello Stato ancorché non sia stata adottata nei suoi confronti alcuna misura applicativa della norma generale in questione. I casi si sono avuti per es. nei ricorsi contro Stati che avevano legislazione penale contro l'omosessualità tra adulti consenzienti (es. sentenze *Norris c. Irlanda* del 26 ottobre 1988 e *Modinos c. Cipro* 22 aprile 1993) o, nella sentenza *Klass e altri c. Germania* del 6 settembre 1978, a proposito di una legislazione antiterroristica che prevedeva sorveglianza segreta delle comunicazioni anche se i ricorrenti non erano stati sottoposti a tale sorveglianza. Ciò implica che se la Corte accerta la violazione lo Stato è tenuto ad abrogare o modificare la legge.

Infine vi sono casi in cui la violazione ha carattere *virtuale*: estradizione decisa ma non attuata nel caso *Soering c. Regno Unito* del 7 luglio 1989 ma si pensi anche ai casi di espulsione non ancora eseguita impugnata per violazione dell'art. 3 CEDU o dell'art. 8 CEDU o, più in generale, se l'individuo rischia di subire pregiudizio dall'applicazione di norme statali generali.

Il limite che la Corte pone è quello del divieto della c.d. actio

popularis, ossia del ricorso alla Corte per far valutare in astratto la conformità alla Convenzione di una legge statale.

La procedura di sentenza pilota è il caso *Broniowski* (sentenza 22 giugno 2004): in tale caso 80.000 persone si trovavano nella posizione del ricorrente che lamentava il mancato indennizzo dopo aver perduto proprietà al di là del fiume Bug a seguito delle sistemazioni territoriali conseguenti alla fine della II guerra mondiale. La Corte afferma che se essa accerta una violazione strutturale lo Stato accusato ha l'obbligo di adottare tutte le misure legali o amministrative per garantire l'attuazione del diritto patrimoniale o, in mancanza, disporre una riparazione per equivalente. Per un'altra situazione vedi il caso *Xenides Arestis c. Turchia* del 22 dicembre 2005 in cui vi erano circa 1400 ricorsi pendenti dinanzi alla Corte per proprietà di greco cipriota lasciate nella parte settentrionale di Cipro e altri casi ancora più recenti.

Il contributo della sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000 è importante al riguardo perché è stato evidenziato che l'obbligo dello Stato di cessazione degli effetti pregiudizievoli ha carattere preminente: si trattava di minori collocati in una comunità la cui madre non aveva potuto avere dei contatti con i propri figli, anche a causa del comportamento ostruzionistico dei responsabili di tale comunità, peraltro di dubbia affidabilità sul piano educativo. Infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'equo indennizzo previsto nell'art. 41 CEDU ha carattere sussidiario poiché l'obbligo primario dello Stato di cui si accerta la violazione è quello del ripristino dello *status quo ante*, mediante la cessazione degli effetti pregiudizievoli e la loro rimozione, qualora sia possibile.

#### **4. Le modalità di protezione delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani (gross violations) o violazioni di diritto internazionale umanitario (cenni)**

Atti delle N.U.: risoluzione 60/147 dell'A.G. del 16 dicembre 2005 Principi fondamentali delle Nazioni Unite e direttive concernenti il diritto a un ricorso e alla riparazione delle vittime di violazioni flagranti di diritto internazionale dei diritti umani e di violazioni gravi di diritto internazionale umanitario (principi Van Boven/Bassiouni) e risoluzione 2005/81 della Commissione dei diritti umani sull'impunità del 21 aprile 2005.

L'evoluzione della posizione delle vittime dinanzi ai tribunali penali internazionali

Nel sistema accusatorio la vittima ha una posizione marginale e il ruolo principale è svolto dalla pubblica accusa che ha il massimo potere discrezionale e le vittime al più compaiono come testimoni in quanto chiamati da una delle parti e possono solo rivolgersi al giudice in separata sede per il risarcimento dei danni.

Nei tribunali penali internazionali c.d. *ad hoc* per la ex Jugoslavia e per il Ruanda la posizione delle vittime era modellata sulla base del sistema accusatorio, sebbene si sia tentato da parte dei giudici e dell'accusa di tenere conto delle loro richieste.

Lo Statuto della Corte penale internazionale (non ratificato da USA, Russia, Cina, India e Giappone) contiene invece alcune disposizioni particolari per le vittime: art. 75 (possibilità di pronunciare il risarcimento dei danni subiti dalla vittima), art. 79 (fondo fiduciario alimentato dagli Stati contraenti per risarcire i danni non risarciti dall'autore della violazione), regole procedurali per ottenere risarcimento con ricorso contenente le relative informazioni e prove e, infine, art. 68 (salvaguardia della dignità e protezione dell'integrità fisica e mentale delle vittime che si presentano per testimoniare, ad esempio mediante l'esclusione della pubbli-

cità dell'udienza o l'assunzione delle prove in via telematica); in particolare si prevede che le vittime possono, tramite propri rappresentanti, esprimere il proprio punto di vista, nel rispetto dei diritti dell'accusa e dell'equo processo.

Le Commissioni di verità sono un altro strumento cui si è fatto ricorso anche a favore delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani: si pensi all'Argentina al termine della dittatura militare e numerosi altri casi tra cui spicca la Commissione del Sudafrica istituita al termine della politica di *apartheid*.

I problemi giuridici aperti dalla pratica delle Commissioni di verità riguardano il loro rapporto con l'amnistia e con azioni penali interne o dinanzi a tribunali penali internazionali (si pensi all'esperienza ruandese delle corti Gacaca). Viene qui in considerazione la c.d. *transitional justice* ossia il ricorso a tutte le modalità possibili per assicurare la giustizia, la verità e la dignità alle vittime delle gravi violazioni dei diritti umani consentendo al contempo una transizione pacifica verso un regime più rispettoso dei diritti umani: in proposito si rinvia al saggio di HAMILTON, *Transitional Justice in an Age of Legal Pluralism*, in *La protection International des droits de l'homme et les droit des victimes*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 165 ss. contenente anche altri scritti interessanti sulla protezione delle vittime in caso di violazioni dei diritti umani.



# La mediazione penale nel quadro degli strumenti di alternative dispute resolution

di Gianpaolo Impagnatiello\*

## 1. Introduzione

L'obiettivo delle pagine che seguono è inquadrare la mediazione penale nel più ampio contesto delle forme di risoluzione dei conflitti alternative alla giurisdizione, ossia tra quegli strumenti che vengono usualmente ricondotti alla definizione di *alternative dispute resolution* (il cui acronimo, ADR, è fin troppo noto e non ha bisogno di essere spiegato).

La mediazione penale, invero, non costituisce un fenomeno isolato nel mondo del diritto, ma si intreccia con una serie di altri fenomeni, i quali, tutti insieme, consentono di definire una linea di tendenza dei più moderni sistemi giuridici.

Se è vero, infatti, che la mediazione rappresenta uno dei principali strumenti – se non il principale e più tipico strumento<sup>1</sup> – della c.d. giustizia riparativa (*restorative justice*), non par dubbio che la stessa giustizia riparativa si collochi all'interno di un con-

\* Professore di Diritto processuale civile nell'Università di Foggia.

<sup>1</sup> P. Martucci, *Mediazione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma 2005, 3 s.; M. Talani, *Riflessioni in tema di mediazione penale*, in *Riv. pen.*, 2010, 3 ss.

testo più vasto, che vede il moltiplicarsi di esperienze di giustizia *partecipata*, il cui tratto distintivo è dato dal coinvolgimento diretto delle parti nella soluzione del conflitto. Nell'ambito di un sistema che – tanto sul versante della giustizia penale, quanto su quello della giustizia civile – ha il proprio perno fondamentale nell'*autorità*, vale a dire nella ricerca e nell'adozione di meccanismi sanzionatori legati all'applicazione imperativa del diritto da parte di un terzo estraneo al conflitto, gli istituti di giustizia partecipata mirano invece all'affermazione di un principio di responsabilità<sup>2</sup>: le parti, in vario modo sollecitate e/o agevolate da un terzo imparziale, che le assiste nella ricerca di un accordo, danno al conflitto che le coinvolge una soluzione negoziata, rispondente più da vicino alle reciproche aspettative e ai rispettivi interessi.

In questo quadro, non posso non convenire con chi ha definito la mediazione penale «un nuovo paradigma di giustizia»<sup>3</sup>: il quale si fonda sulla gestione diretta e tendenzialmente autonoma del conflitto generato dal fatto di reato e, proprio perciò, si pone in antitesi al sistema penale tradizionale, che è costruito intorno al concetto di pena ed è indissolubilmente legato a una logica retributivo-rieducativa.

## 2. Le differenti tradizioni giuridiche

Nel diritto penale, il conflitto contrappone in linea di principio tre soggetti: il reo/imputato, la vittima del reato e la comunità, ciascuno portatore di autonomi interessi. La giustizia riparativa si

<sup>2</sup> V. Patanè, *Mediazione penale*, voce dell'*Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano 2008, spec. 574 ss.

<sup>3</sup> G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2004, 9. V. anche A. Ceretti, *Una nuova risposta al minore autore di reato: la mediazione penale*, in *Iustitia*, 1997, 376.

propone di coinvolgere il reo, la vittima e la comunità nella ricerca di soluzioni del conflitto generato dal reato, allo scopo di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione delle parti e il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo<sup>4</sup>. Ciò è conforme alla definizione contenuta nei Principi Base approvati nel 2002 dall'Economic and Social Council delle Nazioni Unite, secondo cui è giustizia riparativa qualunque procedimento nel quale la vittima e il reo e, se opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità, lesa da un reato, partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore<sup>5</sup>.

Peraltro, gli stessi Principi Base chiariscono che «restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles», attribuendo così rilevanza particolare agli strumenti della mediazione e della conciliazione nella prospettiva del pieno reinserimento sociale dell'autore del fatto criminoso<sup>6</sup>.

Al di fuori dell'ambito penale, il conflitto può presentarsi in molteplici forme. Per quanto riguarda in particolare i rapporti civili, il conflitto, nel suo schema più elementare, coinvolge una

<sup>4</sup> Cfr. C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovazione o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1227 ss., spec. 1230.

<sup>5</sup> Sul ruolo della vittima nella composizione del conflitto generato dal fatto di reato, v. V. Del Tufo, *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 996 ss.; ID., *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 889 ss.; U. Gatti, M.L. Marugo, *Verso una maggiore tutela dei diritti delle vittime: la giustizia riparativa al vaglio della ricerca empirica*, in *Rass. it. criminologia*, 1992, 487 ss.

<sup>6</sup> Restando in ambito comunitario, va segnalata la Decisione-quadro del Consiglio dell'Unione europea n. 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima del reato nel processo penale. In essa, la mediazione penale riceve una speciale considerazione in quanto strumento capace di consentire la ricerca, prima o durante il processo, di una composizione negoziata tra vittima e reo per il tramite dell'intervento di un terzo imparziale.

coppia di soggetti, i quali corrispondono alle parti del rapporto giuridico in contestazione. Il conflitto, che lì si sostanzia tipicamente in una *controversia* o in una *lite*, contrappone così un creditore a un debitore, il titolare di un diritto all'autore della lesione e così via. Nella dottrina classica (Carnelutti), si tende a distinguere *liti da pretesa insoddisfatta* e *liti da pretesa contestata*, ma è un fatto che – a condizione che i diritti in contesa abbiano natura disponibile – la soluzione del conflitto non deve necessariamente avere fonte giurisdizionale.

Lo sbocco giudiziario mette capo a una soluzione eteronoma del conflitto, nel senso che la regola del rapporto, che disciplinerà nel futuro i rapporti tra le parti, è imposta dall'esterno e ha il proprio fondamento nell'autorità del giudice. L'esperienza e il buon senso tuttavia insegnano che ogni soluzione eteronoma, se pure pone fine alla controversia dedotta in giudizio (e non è sempre detto che ciò avvenga: si pensi ai casi nei quali l'esecuzione della sentenza è impossibile o infruttuosa), provoca molto spesso una cesura irrimediabile nei rapporti tra le parti. In altri termini, la pronuncia giudiziale, pur ponendo una regola di condotta che avrà la sua collocazione nel futuro della relazione tra le parti, guarda esclusivamente al passato, ossia al conflitto così come questo è emerso processualmente; dallo sguardo del giudice, invece, resta fuori tutto quanto attiene al contesto e al complesso delle relazioni tra le parti e si disinteressa della possibilità che tra i contendenti si riannodino i fili del dialogo o, per lo meno, si pongano le basi per la prosecuzione della relazione.

Quel che si è testé detto, peraltro, vale non soltanto per la giustizia statale, ma anche per tutte le forme di risoluzione eteronoma delle controversie, le quali hanno la propria caratteristica nell'aggiudicazione di ragioni e torti da parte di un terzo<sup>7</sup>. In particolare,

<sup>7</sup> Da ultimo, M. Bove, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *www.judicium.it*, (2011), § 3.

pure l'arbitrato – che, tra tutte le forme di ADR, rappresenta quella per molti versi più vicina alla giurisdizione – ha caratteristiche analoghe: infatti, benché il fenomeno arbitrale si fondi sull'autonomia negoziale delle parti<sup>8</sup> e benché gli arbitri godano in linea di principio della fiducia delle parti, il lodo racchiude una vera e propria decisione della lite da parte degli arbitri, tanto da essere in tutto equiparato alla sentenza dell'autorità giudiziaria (art. 824-*bis* c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 40/2006).

Tanto nella nostra tradizione, quanto nella cultura anglosassone, queste forme di tutela giurisdizionale, che portano alla composizione della controversia mediante l'intervento autoritativo di un terzo (il giudice o l'arbitro), sono qualificate come *aggiudicative*, con ciò alludendosi proprio al carattere eteronomo e non autonomo della soluzione normativa. Come ho accennato, in parallelo si sono venute affermando forme di composizione delle controversie che puntano in vario modo sull'autonomia negoziale delle parti non soltanto nel momento genetico della procedura, ma anche nella formazione della regola destinata a comporre il conflitto e a disciplinare per il futuro i rapporti tra le parti.

<sup>8</sup> Non a caso, la Corte costituzionale ha sempre ritenuto illegittime le norme che prevedano arbitrati obbligatori: v. Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, in *Giur. it.*, 2006, 1452, con nota di I. Lombardini, *Illegittimità dell'arbitrato obbligatorio in materia di opere pubbliche*; Corte cost. 21 aprile 2000, n. 115, in *Riv. arbitrato*, 2000, 277, con nota di F. Auletta, *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato «obbligatorio»?*; Corte cost. 9 maggio 1996, n. 152, in *Nuova giur. civ.*, 1998, I, 3, con nota di G. Ferraris, *La corte costituzionale si pronuncia in tema di arbitrato obbligatorio* In argomento, v. ampiamente A. Briguglio, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 81; D. Borghesi, *La camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Corriere giur.*, 2001, 682; M. Giovannini, *Corte costituzionale e arbitrato obbligatorio: un passo avanti nel solco della tradizione*, in *Dir. amm.*, 2001, 407

Si tratta, in verità, di un fenomeno la cui diffusione ha conosciuto momenti più propizi e altri meno. Se si guarda a quel che è accaduto nell'ultimo secolo, non si può fare a meno di notare, da un punto di vista generale, che il rapporto tra giustizia e strumenti di risoluzione negoziata delle controversie è stato, per svariate ragioni, niente affatto semplice.

In primo luogo, esiste un problema culturale, comune entro certi limiti tanto alla giustizia civile quanto a quella penale. Si tratta del carattere intrinsecamente contenzioso e autoritativo della giurisdizione. Nel settore penale, ciò è conseguenza diretta del tradizionale carattere retributivo-rieducativo della pena<sup>9</sup>. Quanto alla giustizia civile, la dottrina classica ha sempre insegnato che la giurisdizione evoca per sua stessa natura il comando e che il comando non può che essere atto d'imperio. Si aggiunga che il codice di procedura civile del 1940 ha visto la luce in un contesto politico nel quale era massima l'esaltazione della giurisdizione come espressione dell'*auctoritas* dello Stato e del processo come luogo nel quale, attraverso il giudice, si attua la funzione sovrana dell'ordinamento di garantire la legalità. Come ho osservato già in altra sede<sup>10</sup>, basti considerare che la conciliazione e l'arbitrato, che il previgente codice di rito del 1865 disciplinava all'inizio, negli artt. 1 e seguenti<sup>11</sup>, nel 1940 conobbero un profondo ripensa-

<sup>9</sup> Cfr. M. Menna, *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 269 ss.

<sup>10</sup> G. Impagnatiello, *La mediazione familiare fra Corte costituzionale e legislatore delegato*, in questa *Rivista*, 2009, fasc. 14, 166 s.

<sup>11</sup> La notazione è di F. Cipriani, *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 67 ss., § 4 (il saggio si legge anche in Id., *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997, 3 ss., spec. 9), il quale osserva che quella scelta del codice stava «quasi ad avvertire che il processo davanti al giudice era l'*extrema ratio* e che l'ordinamento preferiva, in linea di principio, che le controversie civili fossero risolte dalle parti, da sole o attraverso persone di loro fiducia».

mento: la conciliazione divenne uno degli innumerevoli poteri discrezionali del giudice e l'arbitrato fu relegato «fra quegli ibridi procedimenti speciali che si trovano tradizionalmente in fondo a ogni codice del rito»<sup>12</sup>, a riprova che l'autonomia negoziale delle parti poteva essere tutt'al più tollerata, ma doveva cedere il passo alla funzione pubblicistica del processo e della giurisdizione<sup>13</sup>. In questo contesto, non sorprende che la dottrina processualistica italiana abbia faticato non poco a far sua l'idea che una lite possa avere uno sbocco non imperativo, ovvero non aggiudicativo, ma negoziato e consensuale; e sia giunto ad accettarla fino in fondo solo in anni relativamente recenti<sup>14</sup>.

In secondo luogo, esiste un problema di carattere istituzionale. In Italia, per una tradizione di matrice preunitaria, la legge di ordinamento giudiziario delinea il giudice come un funzionario-burocrate, inquadrato in un rapporto di pubblico impiego con lo Stato e selezionato esclusivamente sulla base della sua prepara-

<sup>12</sup> Così, rimarcando il mutamento di prospettiva compiuto dal «nuovo legislatore», S. Satta, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 201.

<sup>13</sup> Su questi profili, e più in generale sulla c.d. concezione pubblicistica del processo, v. gli studi di F. Cipriani raccolti nei volumi *Ideologie e modelli nel processo civile*, cit., e *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli, 2006 (e ivi, in particolare, il saggio che dà il titolo al libro, 5 ss., e *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, 27 ss., spec. 35 ss.).

<sup>14</sup> Cfr. V. Denti, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in Id., *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, 317 ss.; L.P. Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 318 ss.; R. Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro it.*, 2003, V, 165 ss. Non si può non ricordare, inoltre, l'impegno per l'*access to justice* profuso in modo particolare da M. Cappelletti sul finire degli anni Settanta: cfr. M. Cappelletti, B. Grath, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, in M. Cappelletti (a cura di), *Access to justice*, I, 1, Milano - Alphen aan den Rijn, 1978, 3 ss.

zione tecnico-giuridica<sup>15</sup>. A livello sistematico e in linea teorica, al giudice non si è mai domandato di padroneggiare le tecniche della conciliazione e della mediazione<sup>16</sup>, sicché, di fatto, l'apertura verso tali strumenti di risoluzione delle controversie è stata rimessa alla sensibilità del singolo magistrato.

Sta di fatto che, mentre in altri Paesi europei – e principalmente in quelli anglosassoni – la pratica conciliativa si è sviluppata sin da tempi relativamente remoti, in Italia la diffusione di modelli *lato sensu* conciliativi è assai più recente. Nel nostro Paese, infatti, l'attenzione del legislatore verso le ADR è cresciuta – per lo meno in ambito civile, ma in certa misura ciò vale anche nel settore penale<sup>17</sup> – di pari passo con l'assunzione di consapevolezza dello stato di crisi del sistema giurisdizionale, la quale ha reso chiara l'indifferibilità di interventi diretti al contenimento della domanda di giustizia mediante la promozione di forme di gestione extragiudiziale dei conflitti; e, tra queste, un ruolo di primo piano ha finito con l'essere assegnato alle procedure conciliative per lungo tempo sperimentate pressoché esclusivamente in ambiti settoriali, estendendole all'intera area dei conflitti su diritti disponibili<sup>18</sup>.

È bene avvertire che la valorizzazione delle ADR – e princi-

<sup>15</sup> Sul modello italiano di magistratura, v., tra gli altri, A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, spec. 29 ss., nonché C. Guarnieri, *La magistratura in Italia: un profilo storico e comparato*, in P. Biavati, C. Guarnieri, R. Orlandi e N. Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, spec. 33 ss.

<sup>16</sup> Se non da quando il Consiglio Superiore della Magistratura, nel quadro della formazione e dell'aggiornamento professionale dei magistrati, ha iniziato a promuovere la conoscenza degli strumenti di ADR.

<sup>17</sup> Si vedano al riguardo le riflessioni di P. Martucci, *Mediazione penale*, cit., 2.

<sup>18</sup> F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 149 s.

palmente dei modelli di ADR più spiccatamente negoziali, a cominciare dalla conciliazione e dalla mediazione – in una prospettiva quasi esclusivamente deflattiva ha rappresentato un evidente limite di carattere culturale, che ha condizionato non poco l'approccio a questi metodi e la loro realizzazione pratica. Il nostro legislatore, infatti, ha perso quasi completamente di vista il profilo *qualitativo* della giustizia partecipata, trascurando la capacità di ogni soluzione autonoma del conflitto di realizzare un assetto tendenzialmente stabile e duraturo nei rapporti delle parti e, in ultima battuta, una più efficace pacificazione sociale; quasi che la bontà delle ADR si possa apprezzare solamente sotto il profilo della riduzione dei carichi di lavoro degli uffici giudiziari.

### **3. Le ragioni di uno scarso appeal**

La migliore riprova della correttezza delle considerazioni testé svolte è offerta dalla parabola che nel nostro Paese ha conosciuto la mediazione familiare, la cui affermazione è stata paradossalmente frenata proprio dalla sua attrazione nell'ambito delle ADR, avutasi all'estero prima ancora che in Italia. In verità, che la mediazione familiare costituisca un metodo di risoluzione delle controversie familiari alternativo alla giurisdizione, è fuor di dubbio. Il punto è che, mentre nei paesi anglosassoni, che possono contare su sistemi processuali tra i più efficienti al mondo, la sensibilità verso le tecniche di ADR è maturata prescindendo dal piano della deflazione del contenzioso, ma piuttosto valorizzando la qualità intrinseca della soluzione negoziale del conflitto, in Italia, che sconta un gravissimo *deficit* di efficienza nell'amministrazione della giustizia, il legislatore si è interessato alle tecniche conciliative principalmente, se non esclusivamente, in considerazione della loro capacità di disincentivare il contenzioso civile e, conseguentemente, di contribuire – praticamente a costo zero o, per

usare una ricorrente espressione, “senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato” – ad alleggerire i ruoli degli uffici<sup>19</sup>.

È allora agevole comprendere perché la mediazione familiare non sia mai riuscita a esercitare un particolare *appeal* sul nostro legislatore, fino al punto di essere sostanzialmente misconosciuta dal d.lgs. n. 28/2010. Infatti, in un sistema nel quale l'intervento dell'autorità giudiziaria nella crisi familiare è in ogni caso imprescindibile, assumendo carattere costitutivo necessario, la mediazione familiare può, al più, contribuire a semplificare il giudizio di separazione o di divorzio, ma non può mai evitarne l'insorgenza. *Ergo*, a chi badi solo all'aspetto, per dir così, “contabile” della giustizia e consideri l'attuazione dei diritti della persona poco più che una partita di giro, l'utilità della mediazione familiare deve essere apparsa piuttosto relativa.

In realtà, anche a voler valorizzare esclusivamente il profilo utilitaristico, non può non considerarsi che il contributo che la mediazione familiare è in grado di dare all'amministrazione della giustizia può essere tutt'altro che trascurabile, per l'ovvia e decisiva ragione che i tempi di definizione dei giudizi camerali di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta sono infinitamente più brevi di quelli richiesti per la pronuncia della separazione giudiziale o del divorzio in sede contenziosa<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Il rilievo è comune in dottrina: v. ampiamente M. Taruffo, *Adeguatezze delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 779 ss.; S. Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, ivi, 2000, 447; ID., *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 694; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, cit., 165 ss.; G. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 617.

<sup>20</sup> Per un'interessante esperienza francese, v. quanto riferito da M. Juston, *La mediazione familiare: un'occasione per le separazioni di buon senso*, in questa *Rivista*, 2009, fasc. 13, 51 ss. Quanto all'attuazione della media-

Tuttavia, ed è quel che più conta, a voler legare le sorti della mediazione familiare alla dimensione biecamente “numerica” della deflazione del contenzioso si finisce con l’incorrere in un grave errore prospettico, perdendo di vista ciò che la mediazione familiare è e le sue più profonde aspirazioni: si finisce, per essere più chiari, con l’appiattare quelle manifestazioni del fenomeno mediativo che hanno nella qualità della soluzione del conflitto la loro ragion d’essere – quelle che Andrea Proto Pisani ha giustamente definito «alte»<sup>21</sup> – con quelle altre forme di mediazione-conciliazione che si intersecano col processo solamente nel più o meno dichiarato intento di scoraggiare l’accesso alla giustizia<sup>22</sup>.

#### **4. Gli effetti quantitativi sull’amministrazione della giustizia**

Sotto questo profilo, la mediazione penale e la mediazione civile (in questa includendo, ancorché in maniera impropria, anche quella familiare) hanno conosciuto vicende non poco diverse. Per la mediazione penale non può infatti dirsi che la sua diffusione sia stata incoraggiata dal legislatore esclusivamente nella prospettiva della deflazione del contenzioso. Questo può essere vero con riguardo alla mediazione per i reati perseguibili a querela attribuiti alla competenza del giudice di pace, posto che ai sensi dell’art. 29, 4° comma, del d.lgs. 274/2000 «il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l’udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove

zione familiare in Spagna, v. A.M. Sanchez Duran, *La mediazione civile in Spagna. Novità e sfide*, *ibid.*, 91 ss.

<sup>21</sup> A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, cit., 143.

<sup>22</sup> R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, I, Quadro generale, in *Foro it.*, 2010, V, 92.

occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio».

Sta di fatto che la mediazione penale, specialmente se praticata nei conflitti di prossimità, di famiglia, di lavoro, di circondario<sup>23</sup>, può consentire alla vittima e all'autore del reato di continuare a convivere pacificamente, laddove il processo e la condanna non fanno che acuire il contrasto. La mediazione, infatti, consente alle parti di dialogare (o di tornare a dialogare), tanto che il suo esito può dirsi positivo quando il conflitto risulta significativamente ricomposto attraverso accordi tendenti a riparare i danni subiti dalla vittima, non solo e non tanto attraverso il risarcimento, ma anche e soprattutto mediante misure di compensazione emotiva e sociale<sup>24</sup>.

Se quello che si è detto testé è vero per la mediazione nella piccola criminalità, si deve convenire che le finalità deflative sono del tutto estranee alla mediazione penale che sia inserita nel percorso esecutivo della pena, a norma degli artt. 27 e 118 del d.p.r. 230/2000 («Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà»). Qui la *ratio* della mediazione è esclusivamente quella della restituzione ai protagonisti del reato della propria dignità sociale<sup>25</sup>, attraverso la “presa di contatto” del reo con le conseguenze prodotte dal fatto criminoso e, dall'altra parte, la metabolizzazione da parte della vittima delle condizioni nelle quali è maturata l'altrui condotta criminosa.

<sup>23</sup> In argomento, v., Patanè, *Mediazione penale*, cit., 575 s.

<sup>24</sup> G. Ubertis, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1321 ss.

<sup>25</sup> Sulla «riconciliazione», rispettivamente del reo con se stesso, della vittima con il reo e con la società e dei due attori con l'ambiente sociale, pone l'accento G. Ubertis, *op. cit.*, 1322, pur non nascondendosi che si tratta di un risultato più utopistico che reale.

Comunque sia, anche la mediazione penale c.d. *preventiva*, se ha successo, finisce col produrre un evidente effetto decongestionante: com'è stato osservato<sup>26</sup>, in taluni casi (e precisamente quando si tratta di reati perseguibili a querela e l'accordo conciliativo interviene preventivamente) può giungersi a una vera e propria *deproceduralizzazione* penale; in altri casi, l'effetto è di mera *degiurisdizionalizzazione*, il che accade quando all'accordo conciliativo consegue l'arresto delle attività giudiziarie nella fase investigativa che si dipana dal promovimento dell'azione penale. Sta di fatto, se non altro per tali ragioni, che la mediazione, in quanto strumento di giustizia riparativa, è in grado di farsi apprezzare anche da chi abbia a cuore prevalentemente o esclusivamente i profili strettamente "quantitativi" dell'amministrazione della giustizia penale, in una prospettiva analoga a quella che rappresenta ormai una costante dello sviluppo delle tecniche conciliative nelle controversie civili.

## 5. La volontarietà

Al di là delle ragioni contingenti che nel nostro Paese hanno favorito il diffondersi degli strumenti partecipati di composizione del conflitto rispettivamente in ambito civile e penale, un raffronto tra i principi che governano la mediazione nelle due aree appare quanto mai proficuo, soprattutto perché ciò consente di comprendere che la giustizia negoziata, allorché si situi a margine di quella statuale, è ispirata a canoni sostanzialmente identici a prescindere dalle dinamiche con le quali viene chiamata a confrontarsi.

I principi fondamentali della mediazione penale sono consacrati, oltre che nella già richiamata Risoluzione delle Nazioni

<sup>26</sup> G. Ubertis, *op. cit.*, 1324.

Unite del 2002, nella Raccomandazione (99)19 del Consiglio d'Europa. Qui la mediazione penale è definita come il procedimento nel quale la vittima e il colpevole sono messi in condizione, *se vi acconsentono liberamente*, di partecipare in modo attivo alla risoluzione delle questioni sorte dal reato attraverso l'aiuto di un terzo imparziale (mediatore).

La definizione consente di cogliere uno degli aspetti più qualificanti dell'istituto, ossia la partecipazione spontanea; la cui essenzialità è poi ribadita dall'art. 1, per il quale «la mediazione in campo penale deve essere svolta solo se le parti acconsentono alla partecipazione liberamente». Questo profilo vale a differenziare la mediazione dai tradizionali strumenti a disposizione della giustizia penale, l'accesso ai quali non presuppone alcuna manifestazione di volontà, ma – per lo meno per quel che attiene alla posizione dell'imputato – è anzi espressione d'imperio. Naturalmente il consenso alla mediazione deve essere prestato consapevolmente, tanto che la stessa Raccomandazione precisa che le parti devono essere pienamente informate dei loro diritti, della natura del processo di mediazione e delle possibili conseguenze delle loro azioni (art. 10) e non devono essere indotte a parteciparvi con mezzi subdoli (art. 11), con la conseguenza, chiarita dal successivo art. 13, che la mediazione non è possibile se una delle due parti non ne comprende il significato.

Orbene, se questo vale per la mediazione penale, i principi dettati per la mediazione civile non sono dissimili. Infatti, la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, definisce la mediazione come «un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, *su base volontaria*, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o

prescritto dal diritto di uno Stato membro». Com'è facile osservare, l'accento cade senza possibilità di equivoco sulla base volontaristica della partecipazione al procedimento di mediazione, per quanto la stessa Direttiva non escluda la possibilità che la procedura sia prescritta dal diritto di uno Stato membro. Proprio quest'ultima, com'è noto, è la scelta operata dal legislatore italiano, che col d.lgs. n. 28/2010 (e con lo sguardo rivolto non soltanto alle controversie transfrontaliere, ma anche a quelle di diritto interno), ha chiaramente optato per un modello di mediazione che in talune categorie di controversie – quelle elencate dall'art. 5, 1° comma – costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La scelta del legislatore interno, sorretta essenzialmente da finalità deflative del contenzioso civile, è stata accompagnata da polemiche vivacissime e ha formato oggetto di alcune ordinanze di rimessione del d.lgs. n. 28/2010 alla Corte costituzionale<sup>27</sup>, ma non par dubbio che la soluzione sia perfettamente lecita nel quadro comunitario: non a caso, la recente risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011<sup>28</sup>, nel monitorare lo stato di attuazione della Direttiva nei Paesi dell'Unione, ha osservato che la previsione da parte del legislatore italiano di un modello talora obbligatorio di mediazione si pone perfettamente in linea con i canoni della legislazione europea.

## 6. Regolamentazione della mediazione

Secondo l'art. 8 della Raccomandazione (99)19, «la procédure de médiation devrait être assortie de garanties fondamentales: en particulier, les parties devraient avoir le droit à l'aide judiciaire et, le

<sup>27</sup> Tar Lazio 12 aprile 2011, n. 3032, in *Foro it.*, 2011, III, 274.

<sup>28</sup> La risoluzione leggesi all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//IT>.

cas échéant, à un service de traduction/interprétation. Les mineurs devraient, de plus, avoir le droit à l'assistance parentale».

La disposizione rappresenta il logico sviluppo del principio di libertà. La necessità che il consenso alla mediazione sia liberamente e consapevolmente prestato fa sì che le parti godano di alcune garanzie fondamentali: dall'assistenza giudiziaria agli opportuni servizi di traduzione fino all'assistenza genitoriale nel caso si tratti di minori di età.

Il richiamo alle fondamentali garanzie delle quali le parti devono godere nell'ambito della mediazione penale è in larga misura condiviso anche sul versante della mediazione civile.

È opinione comune che il d.lgs. n. 28/2010 abbia disciplinato la «mediazione finalizzata alla conciliazione» per le controversie civili e commerciali alla stregua di un'attività spiccatamente procedimentalizzata<sup>29</sup>, la quale – è stato correttamente rilevato<sup>30</sup> – si regge sopra quattro pilastri fondamentali, tutti desumibili dall'art. 3 del d.lgs.: l'autonomia negoziale, la riservatezza, la garanzia d'imparzialità e competenza del mediatore e, da ultima, l'informalità.

A ben vedere, il carattere procedimentale della mediazione è conseguenza diretta del rapporto che il legislatore delegato italiano, sulla scia di quello europeo, ha istituito con la conciliazione: a norma dell'art. 1 del d.lgs., infatti, la mediazione costituisce null'altro che il mezzo al fine dell'accordo conciliativo e questo

<sup>29</sup> In tal senso, tra gli altri, C. Consolo, *La improcrastinabile radicale riforma della Legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corr. giur.*, 2010, 431 ss.; G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, 147; M. Fabiani, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, 1142; D. Dalfino, *La "nuova" mediazione in materia civile e commerciale nel contesto delle ADR*, in *Famiglia e dir.*, 2011, 123.

<sup>30</sup> R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *www.judicium.it*, (2011), § 2.

costituisce null'altro che il risultato eventuale e auspicato di quella. La relazione strumentale che lega mediazione e conciliazione implica che la prima sia adeguata allo scopo: sia, cioè, "costruita" in modo tale da agevolare il più possibile il raggiungimento dell'accordo conciliativo. Su questa base, non sorprende che l'art. 3 della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008, che ha rappresentato il diretto antecedente del d.lgs. 28/2010<sup>31</sup>, definisca la mediazione come un procedimento strutturato; e che il d.lgs. 28/2010 dedichi al procedimento di mediazione addirittura un intero capo.

D'altra parte, l'attività svolta dal e dinanzi al mediatore è destinata a intrecciarsi sotto una molteplicità di aspetti con il processo e la giurisdizione: non solo e non tanto perché nelle materie di cui all'art. 5, 1° comma, del d.lgs. la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, né soltanto perché il giudice, a processo già pendente (addirittura in appello), può "demandare" alle parti consenzienti l'esperimento della mediazione; ma anche e soprattutto in considerazione della rilevanza che gli esiti della mediazione assumono per la giurisdizione<sup>32</sup>. In particolare, il verbale di accordo può essere dichiarato esecutivo dal presidente del tribunale, previa verifica della sua regolarità formale e della non contrarietà dei patti all'ordine pubblico e a norme imperative (art. 12 d.lgs. 28/2010); allo stesso modo, il verbale di mancata conciliazione è in grado di condizionare il contenuto della decisione del giudice, sia che si tratti di desumere argomenti di prova dalla mancata partecipazione di una delle parti al procedi-

<sup>31</sup> Il quale, infatti, richiama la direttiva in epigrafe. Sul raffronto tra il modello di mediazione introdotto dal d.lgs. 28/2010 e la direttiva europea del 2008, v., se vuoi, G. Impagnatiello, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in questa *Rivista*, 2011, fasc. 15-16, 185 ss.

<sup>32</sup> G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/10*, in *Foro it.*, 2011, V, 54 ss., § 5.

mento di mediazione, a norma dell'art. 8, ult. comma, sia che venga in rilievo, ai fini della regolamentazione delle spese processuali, il rifiuto o la mancata accettazione della proposta formulata dal mediatore ai sensi dell'art. 11, 1° comma.

Orbene, la rilevanza giurisdizionale della conciliazione e della mancata conciliazione impedisce al legislatore di disinteressarsi dei modi nei quali queste si producono: di qui la necessità di assicurare che la mediazione sia in qualche modo “regolata”<sup>33</sup> e che siano preservate ad un tempo la riservatezza degli atti e delle dichiarazioni delle parti e l'imparzialità e la professionalità del mediatore.

## 7. Tra mediazione e conciliazione

Nell'impostazione proposta dalla Raccomandazione (99)19, la mediazione penale è destinata a trovare spazio principalmente nel corso del giudizio penale, tutte le volte che il giudice, tenuto conto delle circostanze del caso, ritenga opportuno indirizzare le parti consenzienti a un centro di mediazione. Ciò emerge inequivocabilmente dalle disposizioni contenute nel Capitolo IV della Raccomandazione, che affidano in via esclusiva al giudice il compito di valutare l'opportunità di rinviare la trattazione di un affare penale ai servizi di mediazione (art. 9) e stabiliscono le regole alle quali il giudice deve attenersi al momento del rinvio e nelle fasi successive.

<sup>33</sup> A norma dell'art. 3, 1° comma, d.lgs. 28/2010, il procedimento di mediazione è «disciplinato dal regolamento dell'organismo scelto dalle parti»: tuttavia, poiché il regolamento deve rispettare talune disposizioni imperative contenute tanto nello stesso d.lgs., quanto nel d.m. attuativo 180/2010 (R. Tiscini, *Il procedimento di mediazione*, cit., § 3), appare chiaro che il procedimento di mediazione è disciplinato non solo dal regolamento di procedura dell'organismo, ma anche, a un livello gerarchico più alto, dal d.lgs. 28/2010 e dal d.m. 180/2010.

Come ho già ricordato, quella endoprocessuale rappresenta una soltanto delle possibili collocazioni della mediazione penale, atteso che la normativa interna sull'ordinamento penitenziario ne prevede lo svolgimento anche nel corso dell'esecuzione della pena.

Orbene, la prima delle due forme di mediazione penale – ossia quella endoprocessuale – trova una corrispondenza in sede civile nella c.d. mediazione demandata, che costituisce un vero e proprio potere del giudice. Da essa fanno riferimento svariate disposizioni di legge. Innanzi tutto, l'art. 5 della Direttiva 2008/52/CE e l'art. 5, 2° comma, del d.lgs. n. 28/2010 prevedono che l'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. In secondo luogo, art. 155-*sexies* c.c., sotto la rubrica «Poteri del giudice e ascolto del minore» prevede nel 2° comma che «qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e acquisito il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli». La disposizione, che trova spazio nel procedimento di separazione personale dei coniugi, si riferisce inequivocabilmente alla mediazione familiare e, benché le spetti il merito di avere per la prima volta posto in relazione diretta mediazione familiare e processo civile, solleva non lievi perplessità. Tanto per cominciare, essa si riferisce soltanto alla mediazione c.d. endoprocessuale, ossia quella che si svolge in pendenza del giudizio di separazione allorquando il giudice, acquisito il consenso delle parti, differisce l'emanazione dei provvedimenti di propria competenza per favorire un accordo conciliativo. Non viene invece presa in alcuna considerazione la mediazione familiare preventiva rispetto all'instaurazione del giudizio di separazione, la quale continua a rimanere sostanzialmente nell'ombra.

Con ogni probabilità, questo si spiega col fatto che è latente nell'art. 155-*sexies* c.c. una certa qual confusione tra mediazione familiare e conciliazione<sup>34</sup>. La conciliazione, infatti, rappresenta un istituto ben noto al diritto processuale civile, che ne offre un vasto campionario: dal tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico in funzione di prevenzione della lite (art. 410 c.p.c.; art. 65 d.lgs. 165/2001), a quello preventivo extraprocessuale affidato al giudice di pace (art. 322 c.p.c.), fino ai molteplici tentativi facoltativi di conciliazione endoprocessuali affidati al giudice (artt. 185, 350 e 420 c.p.c.) o a un suo ausiliario (art. 198 c.p.c.)<sup>35</sup>. La conciliazione è tuttavia un istituto molto distante dalla mediazione familiare, con la quale non può e non deve essere confuso, essenzialmente per una ragione: nella conciliazione è il terzo, di regola un'autorità che si trova in posizione di superiorità rispetto alle parti, che la "tenta", proponendo una o più soluzioni che le parti stesse possono al massimo discutere, ma che alla fine possono solo accettare o rifiutare<sup>36</sup>. Nella mediazione familiare, invece, il terzo mediatore dialoga con i contendenti in posizione di parità ed esaurisce il suo compito nell'aiutare le parti a riappropriarsi della capacità di dialogare e di dirimere da soli il conflitto (*self-empowerment*). Anzi, al di là delle variabili legate alle diverse impostazioni teoriche, la specificità del fenomeno mediativo è proprio nella riappropriazione da parte dei coniugi della capacità di essere protagonisti della soluzione del conflitto; riap-

<sup>34</sup> Cfr. C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 847 ss.

<sup>35</sup> Per ogni approfondimento, si rinvia agli studi monografici di F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008 e di F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.<sup>36</sup> Si vedano, al riguardo, le riflessioni di C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., spec. 850 s.

<sup>36</sup> Si vedano, al riguardo, le riflessioni di C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., spec. 850 s

proprietà che il mediatore può guidare, ma non può mai imporre né coartare<sup>37</sup>.

L'impressione, avvalorata anche dal dato testuale («...tentino una mediazione...», «...per raggiungere un accordo...»), è che il legislatore abbia di fatto ridotto la mediazione familiare a una forma qualificata di conciliazione<sup>38</sup>. In realtà, se si considera che l'obiettivo della mediazione non è direttamente quello di raggiungere un accordo, ma solo quello di creare le condizioni per raggiungerlo, riannodando i fili del dialogo tra coniugi in crisi, diventa agevole cogliere le ragioni dell'affermazione, giustamente ricorrente in dottrina, per la quale la mediazione familiare non si tenta, si "fa", nel senso che i coniugi possono ben rifiutarsi di intraprendere il percorso mediativo, ma se lo intraprendono non compiono un tentativo, ma *realizzano* la mediazione: la quale ha valore di per sé e indipendentemente dal fatto di mettere capo all'accordo conciliativo.

Sembra, peraltro, che il legislatore, più che favorire la mediazione quale nuova e più evoluta forma di gestione del conflitto, abbia voluto incrementare i poteri del giudice, facendo ruotare la

<sup>37</sup> Sui principi-cardine della mediazione familiare, v., per tutti, J. Haynes, I. Buzzi, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Milano, 1996; L. Laurent-Boyer (a cura di), *La mediazione familiare*, Napoli, 2000.

<sup>38</sup> Considerazioni solo in apparenza analoghe possono farsi a proposito del progetto di c.p.c. predisposto dal Prof. A. Proto Pisani (in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss.), il cui art. 2.20, sotto la rubrica "Mediazione", prevede che nella prima udienza o in qualunque ulteriore stato del processo il giudice possa, se ne ravvisi l'opportunità e col consenso delle parti, rinviare la causa per «consentire alle parti, avvalendosi di esperti, di tentare una mediazione per raggiungere un accordo». In realtà, al di là delle coincidenze terminologiche con l'art. 155-*sexies* c.c., la disposizione contenuta nell'articolato ha una dimensione generale e non è dettata con specifico riferimento alle controversie di separazione e divorzio, sicché la "mediazione" alla quale essa fa riferimento non è, o non è solo, quella familiare.

mediazione intorno a lui: il che, se ve ne fosse bisogno, è reso evidente dalla stessa rubrica dell'art. 155-*sexies*<sup>39</sup>. D'altra parte, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 131/2010<sup>40</sup>, ha osservato che l'art. 155-*sexies* ha solo *accennato* all'attività di mediazione familiare, senza definirne contenuti, limiti e ambito oggettivo e, soprattutto, senza prevedere alcuno specifico profilo professionale dei soggetti chiamati a svolgerla.

## 8. Il principio della riservatezza

Altro principio fondamentale della mediazione penale è, secondo la Raccomandazione (99)19, quello della confidenzialità delle informazioni e dei contenuti della mediazione, eccezion fatta per l'accordo conciliativo (art. 2). A differenza di quel che accade nel processo penale, che è pubblico, niente di ciò che viene detto durante la mediazione può essere esternato, il che garantisce alle parti uno spazio protetto e confidenziale di dialogo. Senza riservatezza, la mediazione non avrebbe alcuna *chance* di successo e, forse, neppure una precipua ragion d'essere.

Non a caso, la riservatezza costituisce un principio-cardine anche della mediazione civile. L'art. 7 della Direttiva 2008/52/CE stabilisce infatti che «poiché la mediazione deve avere luogo in

<sup>39</sup> Nel senso che la mediazione familiare costituisca un «nuovo potere discrezionale del giudice», che può essere esercitato non solo nel processo di separazione, ma anche in quello di divorzio, v. Trib. Lamezia Terme 26 maggio 2008, in *Famiglia e dir.*, 2009, 292, con nota di C. Ciliberto, *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare*, nonché Trib. Lamezia Terme 28 novembre 2007, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 943, con nota di A. Ansaldo, *La mediazione familiare nel divorzio*.

<sup>40</sup> Che leggesi in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 584, con nota critica di M. Proto, *Sulla illegittimità costituzionale della legge della Regione Lazio in tema di mediazione familiare*, e in *Famiglia e dir.*, 2011, 31, con nota di F.R. Fantetti, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*.

modo da rispettare la riservatezza, gli Stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso, tranne nei casi in cui: *a*) ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona; oppure *b*) la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo».

La tutela della riservatezza trova naturalmente ampio spazio anche nella disciplina interna. In particolare, gli artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 28/2010 dettano disposizioni se possibile ancor più restrittive di quelle europee, garantendo non soltanto la confidenzialità di tutte le dichiarazioni e le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione, ma anche la loro inutilizzabilità in sede giurisdizionale.

## **9. Il problema della formazione**

La mediazione penale deve essere accessibile in tutti gli stadi del processo penale (artt. 3 e 4 della Raccomandazione), al qual fine la mediazione deve godere di congrui margini di autonomia rispetto al sistema giurisdizionale (art. 5 Racc.). Per assicurare l'accessibilità al servizio, i centri di mediazione dovrebbero agire in un contesto pubblico, che ne consenta l'accreditamento presso la magistratura e le strutture carcerarie, ed offrire un servizio del tutto gratuito. Al tempo stesso, però, i centri di mediazione penale sono

tenuti a garantire elevati standard qualitativi e adeguati livelli di professionalità dei mediatori.

Non a caso, la Raccomandazione (99)19 dispone che i mediatori, essendo chiamati a gestire la comunicazione tra le parti anche sotto l'aspetto emotivo, dovrebbero possedere un ben preciso profilo professionale. In particolare, essi dovrebbero per un verso «essere reperiti in tutte le aree sociali e dovrebbero possedere generalmente una buona conoscenza delle culture locali e di comunità» (art. 22) e, per l'altro, «ricevere una formazione iniziale di base ed effettuare un training nel servizio, prima di intraprendere l'attività di mediazione» (art. 24). Più nello specifico, la formazione dovrebbe «fornire l'acquisizione di un alto livello di competenza che tenga presente le capacità di risoluzione del conflitto, i requisiti specifici per lavorare con le vittime e gli autori di reato, nonché una conoscenza base del sistema penale»; cioè a dire, il mediatore dovrebbe non soltanto essere in grado di padroneggiare le tecniche di comunicazione e di gestione del conflitto, ma dovrebbe anche possedere un'adeguata conoscenza tecnico-giuridica del sistema penale e degli effetti processuali e sostanziali dei programmi di giustizia riparativa (art. 24).

Le medesime esigenze sono avvertite anche nell'ambito della mediazione civile. I profili dell'imparzialità e della professionalità del mediatore, infatti, sono senza dubbio tra i più delicati e strategici della disciplina della mediazione, essendo intuitivo che tanto la forza attrattiva del nuovo istituto, quanto sua la capacità d'inserirsi con successo nel mercato dei servizi giudiziari passano attraverso la credibilità della figura istituzionale del mediatore.

La Direttiva 2008/52/CE rivolge grande attenzione alla *qualità* della mediazione, optando per un profilo *stricto sensu* professionale di mediatore: a norma del citato art. 3, infatti, il mediatore deve essere in grado di «condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente»; deve inoltre essere sottoposto a percorsi formativi iniziali e successivi, rispondere a regole etiche e de-

ontologiche e operare all'interno di «organizzazioni che forniscono servizi di mediazione» (art. 4). L'idea è quella di una mediazione amministrata, affidata a un mediatore-professionista facente parte di un'organizzazione stabile e gestita attraverso un «procedimento strutturato», nel rispetto dei principi-cardine fissati dalla raccomandazione del 2001/310/CE<sup>41</sup>.

In questo contesto, il d.lgs. n. 28/2010 e il d.m. attuativo n. 180/2010 pretendono molto dal mediatore: egli deve curare in modo corretto e sollecito la procedura (art. 3 d.lgs.), deve saper essere e saper rimanere imparziale (artt. 3 e 14 d.lgs.; 7, 3° e 5° comma, e 15 d.m.), adoperarsi perché le parti raggiungano la conciliazione (art. 8, 3° comma, d.lgs.), assicurare la riservatezza degli atti e delle dichiarazioni delle parti (artt. 9 e 10 d.lgs.), assolvere a un generale dovere d'informativa<sup>42</sup>, formulare la proposta di cui all'art. 11 d.lgs. nel rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico (art. 14, 2° comma, lett. *b*, d.lgs.) ed evitare che le parti concludano accordi contrari alla legge (arg. *ex* art. 12 d.lgs.).

Se l'esigenza di professionalità è chiaramente enunciata, il nostro legislatore ha creduto di poterla soddisfare per un verso creando un circuito di formazione iniziale e successiva dei mediatori

<sup>41</sup> Implicitamente richiamata dal “considerando” 18 della Direttiva, secondo cui «nell'ambito della protezione dei consumatori, la Commissione ha adottato una raccomandazione che stabilisce i criteri minimi di qualità che gli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti. Qualunque mediatore o organizzazione che rientri nell'ambito di applicazione di tale raccomandazione dovrebbe essere incoraggiato a rispettare i principi in essa contenuti. Allo scopo di agevolare la diffusione delle informazioni relative a tali organi, la Commissione dovrebbe predisporre una banca dati di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie che secondo gli Stati membri rispettano i principi di tale raccomandazione».

<sup>42</sup> Tale dovere è specificamente previsto dal c.d. codice europeo di condotta per i mediatori del 2004.

e, per l'altro, costruendo un modello "amministrato" di mediazione delegato a organismi pubblici e privati<sup>43</sup>.

Quanto al primo punto, si ha invero l'impressione che l'obiettivo di garantire «elevati livelli di formazione dei mediatori», enunciato dall'art. 16, 5° comma, d.lgs., sia rimasto sostanzialmente sulla carta: l'eccessiva ampiezza dei requisiti di accreditamento professionale dei mediatori, prescritti dall'art. 4, 3° comma, d.m. n. 180/2010, insieme con la brevità dei percorsi formativi iniziali e successivi previsti dall'art. 18 dello stesso d.m.<sup>44</sup>, instilla il dubbio che si potesse e si dovesse fare di più. Difatti, il possesso di un qualunque diploma di laurea triennale e la formazione conseguita all'esito di un corso teorico-pratico di appena cinquanta ore possono non bastare a garantire in capo al mediatore la preparazione, di carattere *in primis* giuridica, necessaria per esercitare adeguatamente le sue funzioni<sup>45</sup>. Del che gli stessi *conditores* parrebbero avere consapevolezza, avendo previsto che la proposta di cui all'art. 11 d.lgs. possa «provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente» (art. 7, 2° comma, lett. *b*, d.m.), nonché che gli organismi possono istituire separati elenchi dei mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche e limitare la mediazione a specifiche materie (art. 7, 5° comma, lett. *d* ed *e*, d.m.).

<sup>43</sup> Cfr. E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 659 s.

<sup>44</sup> In argomento, v. *amplius* P. Porreca, *Enti di formazione e formatori*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), (2011).

<sup>45</sup> Sul punto, v. le riflessioni di R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione*, cit., 94. La medesima esigenza è ribadita, nel quadro di una lettura della normativa interna condotta in conformità con la direttiva 2008/52/CE, da Trib. Palermo-Bagheria, 16 agosto 2011, ined.

Né a dissolvere ogni preoccupazione pare sufficiente la recente introduzione da parte del decr. 6 luglio 2011, n. 145 del c.d. tirocinio assistito<sup>46</sup>, consistente nella partecipazione nel biennio di aggiornamento ad almeno venti casi di mediazione presso organismi iscritti.

Sennonché, la rinuncia a pretendere dagli aspiranti mediatori una specifica competenza tecnico-giuridica produce l'effetto – non saprei quanto apprezzabile – di ridurre l'esigenza di adeguatezza professionale del mediatore a un mero problema di *governance* degli organismi. Sotto questo profilo, le critiche da più parti rivolte al d.m. n. 180/2010, che nel testo originario nulla stabiliva in ordine ai criteri di distribuzione degli incarichi e alle modalità di selezione dei mediatori da parte degli organismi pubblici<sup>47</sup>, sono state (per la verità solo in parte) recepite dal menzionato decr. n. 145/2011, il quale ha previsto che i regolamenti degli organismi debbano adottare «criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta». In questo modo, è l'organismo a doversi fare garante della idoneità del mediatore a svolgere l'incarico in modo appropriato, sollecito ed efficiente.

Restano tuttavia le perplessità legate alla perdita, nel percorso attuativo della delega, delle connotazioni formali che avrebbero dovuto assicurare i necessari standard di qualità in capo agli organismi. Infatti, mentre la legge delega pretendeva che gli organismi fossero «professionali e indipendenti», l'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010 si limita a richiedere «serietà ed efficienza»: ben altra cosa

<sup>46</sup> Sul quale v. ora la circolare del Ministero della Giustizia del 20 dicembre 2011 (reperibile all'indirizzo [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_8\\_1.wp?previousPage=mg\\_16\\_1&contentId=SDC718215](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?previousPage=mg_16_1&contentId=SDC718215)).

<sup>47</sup> Cfr. G. Scarselli, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, cit., § 5.

rispetto all'indipendenza e alla professionalità, tanto che la giurisprudenza non ha avuto esitazioni nel sottoporre la questione al vaglio del Giudice delle leggi<sup>48</sup>.

## 10. *Neminem laedere*

Il percorso di mediazione prevede una fase finale di conclusione e di stesura degli accordi, se questi sono stati raggiunti. Gli accordi possono avere il contenuto più vario, ben potendo riguardare anche il risarcimento del danno e la riparazione delle conseguenze del reato. In ogni caso, gli accordi devono essere «conclusi volontariamente ed essere ragionevoli e proporzionati»: mentre il principio di ragionevolezza «presuppone una certa relazione tra il reato e il tipo d'obbligazione imposta al suo autore», la proporzionalità implica che l'onere imposto al colpevole corrisponda in linea tendenziale alla gravità del reato.

La Raccomandazione (99)19 non lo dice espressamente, ma è ovvio che gli accordi non debbano porsi in contrasto con norme imperative e con l'ordine pubblico; il che renderebbe tali accordi radicalmente nulli.

Con riguardo al possibile contenuto degli accordi, la Raccomandazione si limita a stabilire che «les décharges données en fonction des accords de médiation devraient avoir le même statut que les décisions judiciaires et devraient interdire les poursuites pour les mêmes faits (*ne bis in idem*)». Nell'ambito della mediazione demandata dal giudice di pace, a norma dell'art. 27 del d.lgs. n. 274/2000, è per contro espressamente previsto che l'accordo possa avere a oggetto la remissione di querela o la rinuncia al ricorso di cui all'art. 21. Nulla invece è stabilito dall'ordinamento penitenziario con riferimento al contenuto degli accordi raggiunti

<sup>48</sup> V. la già citata Tar Lazio 12 aprile 2011, n. 3032.

nel corso dell'esecuzione della pena, dovendosi tuttavia ritenere che non possa trattarsi di altro che di patti attinenti la riparazione del reato e l'assunzione di responsabilità da parte del reo nella prospettiva del suo pieno recupero sociale.

Analogamente, la Direttiva 2008/52/CE e il d.lgs. n. 28/2010 si astengono da qualunque predeterminazione del contenuto degli accordi conciliativi, il quale contenuto, dipendendo unicamente dall'oggetto del contendere, non si presta a tentativi di tipizzazione. Il d.lgs. n. 28, tuttavia, ha cura di precisare che, in ogni caso, gli accordi devono rispettare il limite delle norme imperative e dell'ordine pubblico, non potendo altrimenti ricevere l'omologazione da parte del presidente del tribunale (art. 12). Ciò è espressione di un principio di carattere generale, secondo cui il negozio giuridico, soggiacendo al canone del *neminem laedere*, deve essere contenuto nei limiti di quel che è lecito secondo la legge. Principio, questo, che ispira il fenomeno negoziale a prescindere dal contesto nel quale s'inserisce e, conseguentemente, non può che valere ogni qual volta sia consentita una gestione partecipata del conflitto generato dall'illecito, civile o penale che sia.

## 11. Conclusioni

In conclusione, gli strumenti di soluzione partecipata dei conflitti, a cominciare dalla mediazione, affermano tutti, ancorché mediante tecniche diverse, una dimensione privatistica della giustizia, assicurando un incremento del consenso sociale intorno alla sua amministrazione. Essi, dunque, contribuiscono in maniera decisiva a realizzare una giustizia negoziata. Se questa sia qualitativamente migliore di quella amministrata nelle aule giudiziarie non spetta a noi dirlo. Occorre però prendere atto che la possibilità offerta agli attori del conflitto di ricercare una composizione autonoma e condivisa, siccome specchio di un approccio autenticamente liberale al fenomeno giuridico, va certamente incoraggiata.

È auspicabile che sul versante tanto della giustizia civile, quanto di quella penale la cultura delle ADR continui a diffondersi; ma è auspicabile anche che il nostro legislatore abbandoni l'approccio sin qui seguito in riferimento all'impiego di tali strumenti, rinunciando una volta per tutte a riguardarle esclusivamente attraverso la lente della deflazione del contenzioso, ma inizi a valorizzarle per quello che sono e per la loro capacità di assicurare una più efficace pacificazione sociale.



# La mediazione come strumento d'intervento sociale

di *Anna Coppola De Vanna*

## 1. Tra continuità e rottura

Stiamo assistendo alla fine di un ciclo storico? Sta forse per chiudersi il trentennio caratterizzato dall'individualismo esasperato e dall'iperliberismo economico?

Si percepisce nell'aria una certa stanchezza rispetto alle politiche sociali degli ultimi decenni – a partire dagli anni '80 – caratterizzati dall'egoismo sociale non più stigmatizzato per quello che è ma raccontato, anche nei ceti non tradizionalmente partecipi di queste dinamiche, come l'unica maniera di vivere in collettività. Negli ultimi tempi mi sembra si stia ritornando a parlare di visioni del mondo e di politiche integrative orientate a ricucire un tessuto sociale ormai visibilmente lacerato. Ma non essendoci più oggi grandi narrazioni (comunismo, religione, credenze totalizzanti) in grado di dare senso alle nostre scelte, si cercano parole e modi nuovi del vivere insieme<sup>1</sup>. Non necessariamente l'erosione di que-

<sup>1</sup> Difatti adesso – a denotare l'insorgenza degli individui che non si sciolgono più in nessuna forte comunità ma in tante microcomunità variamente intrecciate tra loro – si preferisce parlare di moltitudini piuttosto che di popoli.

ste strutture che significavano l'esistenza deve portarci a scetticismo, indifferenza, cinismo o nichilismo. Le notorie strade dell'inferno lastricate di buone intenzioni sono scomparse sotto i passi della storia e del dato di realtà. Più nessuno ha la pretesa di cambiare la natura degli uomini; ma se non si può mutare la natura si possono di certo cambiare i comportamenti, ovvero le risposte individuali e collettive alle asprezze della vita, alle resistenze del sistema. L'uomo non ha istinti ma pulsioni. La libertà può essere un abisso e affacciarvisi senza cautele porta le vertigini. Serve una ringhiera che ci dia un minimo di sicurezza per poter guardare il fondo senza precipitarci dentro (sempre che non faccia prima l'abisso a guardare dentro di noi)<sup>2</sup>.

La mediazione – soprattutto nella declinazione comunitaria – rientra in quel tentativo di sfuggire alle passioni tristi (Spinoza) della rinuncia e della fuga in se stessi. La mediazione, va da sé, non dà risposte ma aiuta a costruire una strada non conflittuale nella ricerca di quelle risposte. Se un'autorità forte pacifica comprimendo dall'alto, un relativismo esasperato viceversa paralizza dal basso soffocando qualsiasi impulso all'azione<sup>3</sup>; la mediazione cerca invece un comune da cui partire, da costruire, da condividere. Bisogna essere come Sisifo che «pur nella sua pena eterna, in quel suo ricominciare a innalzare il macigno verso la vetta, “va immaginato felice”. Chi accetta l'assurdo non si abbandona al nichilismo, che equivarrebbe ad arrendersi alla morte»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Il celebre aforisma di Nietzsche (da *Al di là del bene e del male*) dice: «Chi lotta contro i mostri deve fare attenzione a non diventare lui stesso un mostro. E se tu riguarderai a lungo in un abisso, anche l'abisso vorrà guardare dentro di te».

<sup>3</sup> E invece bisogna «amare la vita più del senso e anche il senso si troverà» (Dostoevskij).

<sup>4</sup> D. Demetrio, *L'interiorità maschile*, Raffaello Cortina, Milano 2010, p. 128. Quello di Sisifo “immaginato felice” è un tema sartriano.

Al suo nascere la mediazione ha lanciato temi e suggestioni che hanno faticato a farsi accettare e che solo adesso sono stati sdoganati dalle accademie e dalle comunità scientifiche. Intelligenza emotiva<sup>5</sup>, empatia<sup>6</sup>, risonanza...: parole prima guardate con sospetto se non proprio con ilarità, adesso hanno diritto di piena cittadinanza nella saggistica divulgativa e nelle pagine culturali dei giornali. Ivan Krastev, scrivendo di democrazia, in *passant* dice che negli ultimi anni abbiamo assistito a 5 rivoluzioni: la prima è quella culturale degli anni Sessanta (fine dell'autoritarismo, individuo al centro della politica, libertarismo, femminismo, ecc.); la seconda è quella economica dell'iperliberismo (parallelamente alla globalizzazione dei mercati, anni Ottanta); la terza è quella politica che ha portato alla fine del socialismo reale ('89); la quarta rivoluzione si riferisce all'impatto di internet nel mondo delle comunicazioni; e la quinta – infine, ed è quella che ci riguarda – è la rivoluzione delle neuroscienze che ha portato le emozioni all'interno del discorso pubblico a tutti i livelli. Cosa che ovviamente non è rimasta isolata nell'ambito scientifico. Si sente la necessità di rifondare un umanesimo costruito non solo sulla base del calcolo e della razionalità a scapito di quella dimensione emotiva che ci sfugge e ci intimorisce; ignorare questo aspetto perché poco quantificabile non serve a niente e il non tenerne conto porta solo a catastrofi; il mercato è in balia di imprevedibili forze emotive: non tutto può essere ridotto al dominio della ragione<sup>7</sup>. E in que-

<sup>5</sup> Le emozioni, alla fine, sono dei fatti neurologici che orientano le nostre scelte morali. Un'emozione intelligente è quella che aziona (oltre all'amigdala) anche altre zone del nostro cervello evoluto (la corteccia). Un'emozione intelligente ha bisogno di essere pensata, è più lenta nel far partire i neurotrasmettitori. Alla fine nulla di nuovo, cosa di normale buon senso («conta fino a tre...»). La novità sta solo nella conferma delle neuroscienze attraverso i più sofisticati strumenti di neuroimaging adesso a disposizione.

<sup>6</sup> Su Google è diventata l'ottava parola di cui si cerca il significato.

<sup>7</sup> Diceva Pascal: «Il cuore ha le sue ragioni che la ragione non conosce».

sta ricerca di umanità a tutto tondo ci pare importante valorizzare quegli aspetti sui quali si concentra la mediazione, sempre alla ricerca di una fenditura, un varco nel quale inserire un appiglio che faccia da leva. Scrive la filosofa Michela Marzano: «l'unico modo per cercare di capire l'umano è rendersi disponibile di fronte alla fragilità esistenziale di ognuno di noi senza cercare di analizzarla e comprenderla in termini puramente razionali. [...] La ragione cerca sempre di contenere i nostri affetti, per evitare che sfuggano al nostro controllo ed inscrivere all'interno di un racconto coerente e credibile. Pensieri ed emozioni, tuttavia, non sono mai del tutto separati. La "maschera conscia" di ciascuno di noi, spiega Lacan, non copre mai del tutto il "soggetto autentico" che si dibatte all'interno di un groviglio di passioni. [...] Attraverso l'amore, la compassione o l'empatia si arriva non solo a capire l'estrema vulnerabilità della condizione umana, ma anche a promuovere e riabilitare il senso del vivere-insieme. Non perché ci si scopra all'improvviso buoni e altruisti, scadendo così nell'apologia dei "buoni sentimenti". Ma perché attraverso lo specchio della debolezza altrui, si arrivano a vedere e tollerare anche le proprie debolezze. [...] Le emozioni ci permettono di costruire, quando se ne fa un uso intelligente, una nuova "morale" contestuale capace di prendere in conto la complessità e le contraddizioni della vita quotidiana»<sup>8</sup>.

Rifkin, che è un economista, ha inserito la variabile empatia anche nel dominio dell'economia: «La stretta relazione tra il legame economico e quello empatico potrà a prima vista sembrare paradossale, ma si tratta di un rapporto simbiotico. Il sociologo George Simmel, nel suo fondamentale saggio *Filosofia del denaro*, osserva che le monete sono note promissorie che si fondano sulla supposizione di una stabile fiducia collettiva fra parti anonime, la quale garantisce che, a una certa data futura, il pegno ricevuto in virtù di uno scambio passato sarà in futuro onorato da un terzo, in uno scambio successivo...».

<sup>8</sup> M. Marzano, *Emozioni intelligenti o empatia. I nuovi decaloghi dell'etica*, «la Repubblica», 17/7/2010.

Sempre in ambito filosofico in questo periodo stiamo assistendo all'antico e ciclico dibattito<sup>9</sup> tra neorealisti e antirealisti, in sostanza una polemica contro alcune derive del pensiero debole (Vattimo e Rovatti) che negherebbero l'oggettività della realtà. Il celebre aforisma nietzschiano («Non esistono fatti ma solo interpretazioni») avrebbe portato ad un'ermeneutica esasperata con un racconto sul mondo falsato e impregnato di propaganda e populismo. Se tutto è interpretazione tutto diventa legittimo, e non ci si lamenta se poi qualcuno adultera i fatti a proprio vantaggio. Cosa c'entra la mediazione in tutto questo? C'entra nel momento in cui sin dalle origini abbiamo condiviso un approccio costruttivista in opposizione e in polemica con tutti i propalatori di certezze, lì dove la Verità prende la maiuscola senza contemplare la possibilità che qualcun altro veda le cose diversamente. Certo, una realtà meno solida e più eterea può portare all'artefatto, alla menzogna e alla demagogia, ma sono rischi che vale la pena correre. In ogni caso mi riprometto di approfondire la questione in altre circostanze.

Con questo articolo non farò una trattazione sistematica ma cercherò di guada il fiume saltando da una pietra all'altra, appoggiandomi ad alcune parole-chiave che in qualche modo fanno l'ossatura (anche morale<sup>10</sup> se vogliamo) di qualsiasi forma di me-

<sup>9</sup> Vedi «Micromega», 5/2011. Ma il dibattito è proseguito anche attraverso i quotidiani.

<sup>10</sup> Su questo tema: «Le etiche dell'intervento nelle dispute sociali riguardano la natura e la qualità delle decisioni prese da colui che interviene e se queste scelte promuovono i valori fondamentali indicati in questo capitolo: libertà, giustizia ed empowerment. Da questo punto di vista di partenza, l'unica domanda di tipo etico che tutti coloro che intervengono nei conflitti di comunità dovrebbero porsi nei momenti chiave dell'intervento è: il mio intervento contribuisce alla capacità degli individui e dei gruppi presenti e con un potere relativamente minore di decidere del loro destino nel modo più ampio possibile ed in modo coerente con il bene comune?» (J.H. Laue, G.W. Cormick, *L'etica dell'intervento nelle dispute di comunità*, in L. Luison (a cura

diazione comunitaria che non voglia insterilirsi prima ancora di dar prova di sé nel discorso pubblico. Questa è una fase importante, ciò che funzionava nel privato deve affrontare le asperità della strada per dar prova della sua validità. In un periodo, oltretutto, così scivoloso e pieno di incognite dal vago sapore di minaccia: default dello Stato, baratro finanziario, bancarotta, crisi del sistema.

## 2. Alcune parole della mediazione comunitaria

Si sente in giro – e non solo in occidente – una rinnovata ricerca di giustizia, cosa che ovviamente prende forma cercando la propria legittimazione soprattutto nell’ambito del politico<sup>11</sup> ma non solo; in ogni forma di relazione la palese mancanza di giustizia sembra cercare nuove autorevolezze (e non autorità) in grado di orientare i nostri comportamenti. E per giustizia intendiamo un modo di stare al mondo, un particolare sguardo sulle cose, uno sforzo, una consapevolezza del proprio essere-insieme. Borges scrisse una toccante lirica (*I giusti*): «Un uomo che coltiva il suo giardino, come voleva Voltaire. / Chi è contento che sulla terra esista la musica. / Chi scopre con piacere una etimologia. / Due impiegati che in un caffè del Sud giocano in silenzio agli scacchi. / Il ceramista che intuisce un colore e una forma. / Il tipografo che compone bene questa pagina che forse non gli piace. / Una donna e un uomo che leggono le terzine finali di un certo canto. / Chi accarezza un animale addormentato. / Chi giustifica o vuole giustificare un male che gli hanno fatto. / Chi è contento che sulla

di), *La mediazione come strumento di intervento sociale*, Franco Angeli, Milano 2006, p. 107). È un aspetto delicatissimo sul quale vorrei tornare in altre occasioni.

<sup>11</sup> Sulla mediazione come governance senza Politica, vedi O. Romano e A. Coppola De Vanna, «Mediaries», n. 11, 2008, pp. 25, 39.

terra ci sia Stevenson. / Chi preferisce che abbiano ragione gli altri. / Tali persone, che si ignorano, stanno salvando il mondo».

La storia dei Giusti è nella tradizione ebraica (Talmud). Si racconta che in qualsiasi momento della storia dell'umanità ci siano sempre 36 Giusti al mondo. Nessuno sa chi siano, nemmeno loro stessi, ma sanno riconoscere le sofferenze e se ne fanno carico, perché sono nati Giusti e non possono ammettere l'ingiustizia. Ed è per amor loro che Dio non distrugge il mondo.

Ma quella della mediazione comunitaria è chiaramente un modo per inseguire una certa idea di giustizia che non può non sposarsi alla pratica della mitezza, che non è solo un modo di stare al mondo, ma un modo attraverso cui filtrare e ricostruire gli accadimenti della vita. La giustizia anzi trova nella mitezza quel colore particolare caratteristico del fare mediazione.

Sulla mitezza Bobbio scrisse pagine memorabili: «al contrario di mansuetudine, la mitezza è virtù sociale più che individuale: è una disposizione d'animo che rifugge solo alla presenza dell'altro: il mite è l'uomo di cui l'altro ha bisogno per vincere il male dentro di sé. La mitezza è il contrario dell'arroganza, intesa come opinione esagerata dei propri meriti, che giustifica la sopraffazione. Il mite non ha grande opinione di sé, non già perché si disistima, ma perché è propenso a credere più alla miseria che alla grandezza dell'uomo, ed egli è un uomo come tutti gli altri [...] Il mite non ostenta nulla, neanche la propria mitezza [...]. Il mite è colui che lascia essere l'altro quello che è [...]. Non entra nel rapporto con gli altri con il proposito di gareggiare, di conflagrare, e alla fine di vincere. È completamente al di fuori dello spirito della gara, della concorrenza, della rivalità, e quindi anche della vittoria [...]. Da non confondere con remissivo, che è colui che rinuncia alla lotta per debolezza, per paura, per rassegnazione. Il mite, no: rifiuta la distruttiva gara della vita per un senso di fastidio, per la vanità dei fini cui tende questa gara, per un senso profondo di distacco dai beni che accendono la cupidigia dei più, per mancanza di quella

passione che, secondo Hobbes, era una delle ragioni della guerra di tutti contro tutti, la vanità o la vanagloria, che spinge gli uomini a voler primeggiare [...] per una totale assenza della puntigliosità che perpetua le liti anche per un nonnulla, in una successione di ripicchi e ritorsioni [...]. Non è né remissivo né cedevole, perché la cedevolezza è la disposizione di colui che ha accettato la logica della gara, la regola di un gioco a somma zero [...]. Il mite non serba rancore, non è vendicativo, non ha astio contro a chicchessia. Non continua a rimuginare sulle offese ricevute, a rinfocolare gli odi, a riaprire le ferite. Per essere in pace con se stesso deve essere prima di tutto in pace con gli altri [...]. Attraversa il fuoco senza bruciarsi, le tempeste dei sentimenti senza alterarsi, mantenendo la propria misura, la propria compostezza, la propria disponibilità. [...] Il mite è ilare perché è intimamente convinto che il mondo da lui vagheggiato sarà migliore di quello in cui è costretto a vivere, e lo prefigura nella sua azione quotidiana, esercitando appunto la virtù della mitezza [...]. Il mite può essere configurato come l'anticipatore di un mondo migliore [...]. Il mite non chiede, non pretende alcuna reciprocità: la mitezza è una predisposizione verso gli altri che non ha bisogno di essere corrisposta per rivelarsi in tutta la sua portata»<sup>12</sup>.

Si può “insegnare” la mitezza o è soltanto una peculiarità caratteriale che contraddistingue alcuni individui? Di sicuro la persona mite lascia il suo segno e imprime un esempio che qualcuno non scorderà. Quella sua «totale assenza della puntigliosità che perpetua le liti anche per un nonnulla, in una successione di ripicchi e ritorsioni» non lascerà indifferenti e porterà nella contesa un clima di maggior distacco da quelle piccole cose da cui troppo spesso ci si fa stritolare e avvelenare la vita.

Ma – a sostegno del nostro modo di vedere – la definizione di

<sup>12</sup> N. Bobbio, *Elogio della mitezza*, il Saggiatore, Milano 2006, pp. 34-43.

Bobbio della mitezza come la più «impolitica» delle virtù (diversamente da come dovrebbe ritenere un operatore di mediazione comunitaria) viene invece ribaltata da Ginsborg che scrive: «essendo virtù sociale [la mitezza], vi rientra perfettamente [nel discorso pubblico, nella Politica]»<sup>13</sup>. E anche Giuliano Pontara (maggior studioso italiano di Gandhi) ebbe a scrivere: «in quanto è mite, anche il nonviolento non entra in rapporti conflittuali con gli altri allo scopo di gareggiare, di distruggere, di vincere; non è vendicativo, non serba rancore, non ha astio contro nessuno, non odia nessuno; e non è assetato di potere. [...] ma non ha timore di aprire un conflitto o di non portare a galla conflitti latenti, né ha timore della lotta. Ma, come rifiuta la violenza, così rifiuta quella logica del potere per cui di necessità ci deve sempre essere un vincente e un perdente; e imposta i conflitti in modo tale che la soluzione non sia a somma zero, bensì una soluzione in cui tutte le parti ci guadagnano ed è quindi accettata da tutte [...] *smentisce, con il suo agire, la definizione della politica (politica nel senso più ampio) come il regno esclusivo della volpe e del leone* [c.vo mio]»<sup>14</sup>. Anche chi fa mediazione comunitaria non può non credere alla forza “politica” della mitezza come elemento scardinante almeno di un certo tipo di conflittualità diffusa a basso voltaggio, anche soltanto con la sua pura ed esemplare presenza, contraddistinta da quella particolare qualità plastica che passa col nome di resilienza, cioè una certa elasticità nelle reazioni e nel ritornare allo stato iniziale assorbendo i colpi che viceversa lascerebbero ammaccature e segni indelebili.

In questa piccola rivincita dei “buoni” Massimo Gramellini dice: «Ci salveranno gli ingenui. A cambiare il mondo saranno gli ingenui che si rifiutano di credere che sia ridotto così male». Ma,

<sup>13</sup> S. Fiori su «la Repubblica», 27 giugno 2011.

<sup>14</sup> In Bobbio, *op. cit.*, p. 11.

aldilà delle belle intenzioni e delle facili speranze di tutti noi operatori di cambiamento, è da poco uscito in America il saggio di uno storico (Steven Pinker) che, dati alla mano, grazie alla possibilità investigativa di alcune tecniche in grado di capire la causa di mortalità attraverso i ritrovamenti ossei rinvenuti negli scavi, si può incontrovertibilmente sostenere che viviamo in una delle epoche meno violente della storia. L'umanesimo prima e l'Illuminismo dopo hanno portato lentamente ad una visione più ragionevole della convivenza umana. La nascita degli Stati – unici legittimi depositari dell'uso della forza – porta dal 15 al 3% la possibilità di morire di morte violenta. Per quante cose possano succedere, per quante spaventose possano essere spesso le notizie di cui veniamo quotidianamente a conoscenza, non possiamo non ritenerci più al riparo della violenza rispetto ai secoli precedenti. Il mito delle «magnifiche sorti e progressive» non può essere nemmeno caricaturizzato nel suo contrario<sup>15</sup>. E sempre più – pur nella palese non linearità del suo percorso – una certa forma di civilizzazione sembra destinata ad allargare all'umanità intera visioni del mondo tolleranti, comprensive e non escludenti. Le cose cambiano: a volte ci sono colpi di coda, repentini salti indietro, ma tutto sommato gli uomini cercano di allargare il proprio senso di appartenenza a tutto il genere umano, non soltanto al prossimo suo vicino. Scrive Rifkin: «Secondo i ricercatori, la scoperta più importante è che “con la sicurezza individuale, cresce l'empatia”. [...] La realtà è che in ogni cultura, dalla più povera alla più agiata, la pulsione all'affetto, alla compagnia e all'appartenenza è fondamentale. Ecco perché ogni società nella storia ha sviluppato complessi rituali per stabilire legami di fratellanza e ricorre

<sup>15</sup> Anche l'ultimo film di W. Allen (*Midnight in Paris*) racconta di come spesso non siamo in grado di apprezzare le bellezze del tempo che ci è toccato vivere per proiettare le nostre insoddisfazioni in un passato immaginario.

all'ostracismo e all'esilio per punire i malfattori. L'empatia esiste in ogni cultura. La questione è fondamentalmente quanto estesa o ristretta essa sia. Nelle società di sopravvivenza, i legami empatici sono meno sviluppati, più avari, riservati ad una categoria più ristretta di relazioni. Nelle culture tradizionali, l'estensione empatica è generalmente confinata alle relazioni fra genitori e figli, fra consanguinei e altri parenti stretti, alla famiglia estesa e ai gruppi di pari. I legami comunitari e la catena gerarchica lasciano poco spazio di manovra per un'estensione orizzontale dell'espressione empatica. Mentre le rivoluzioni del regime energetico-comunicazionale creano strutture sociali sempre più complesse e allargano il dominio umano nello spazio e nel tempo, nuove cosmologie offrono ampie griglie di riferimento per l'ampliamento dei legami empatici. La coscienza teologica permetteva all'individuo di identificarsi con altri individui non consanguinei e anonimi e, attraverso l'affiliazione religiosa, di includerli nell'abbraccio empatico. Gli ebrei empatizzavano con gli altri ebrei, i cristiani con gli altri cristiani, i musulmani con gli altri musulmani, ecc. La coscienza ideologica ha esteso geograficamente i confini empatici agli Stati nazionali: gli americani empatizzano con gli altri americani, i tedeschi con gli altri tedeschi, i giapponesi con gli altri giapponesi, ecc.»<sup>16</sup>.

E Barbara Spinelli – commentando una riflessione di Enzo Bianchi e Massimo Cacciari<sup>17</sup> sulla parabola del Samaritano che si sente «squarciare le viscere e il cuore spaccare» alla vista del viandante ferito – scrive: «Le sue viscere si squarciano senza che del semi-morto sappia alcunché: è un consanguineo? un amico? un simile? No: è un uomo ferito. È la ferita che accomuna, che crea

<sup>16</sup> J. Rifkin, *La civiltà dell'empatia*, Mondadori, Milano 2010, p. 415.

<sup>17</sup> E. Bianchi, M. Cacciari, *Ama il prossimo tuo*, il Mulino, Bologna 2011.

il *simile*. Lo scuotimento di cui parla la parabola è radicalmente diverso dalla commozione, che è breve, che resta nei recinti dell'«Io»<sup>18</sup>. Il Samaritano difatti prima di ripartire lascerà dei denari preoccupandosi che il ferito venga curato e nutrito: «La compassione non è esplosione effimera di sentimenti ma ha una testa che pensa il lungo periodo [...]. Chi *con-patisce* considera proprio il patire: non perché glielo dica la Legge, la Torah. Il suo essere viene soverchiato dall'essere dell'altro».

Nel pezzo precedente si parlava di quella «ferita che accomuna, che crea il *simile*» con “simile” scritto in corsivo dall'autore per sottolinearne l'importanza. Ma a mio avviso in corsivo potrebbe andare anche quel “crea” che sorregge l'oggetto. Il comune – il simile – non è sempre e per forza riconosciuto come tale (se fosse così semplice...<sup>19</sup>), ma va invece *costruito*, *creato*. Se per un verso ci viene spontanea una certa avversione a fare del male ai nostri simili<sup>20</sup>, è altrettanto vero che la costruzione di un “comune” è sempre operazione complessa: «Per accedere a ciò che c'è di co-

<sup>18</sup> B. Spinelli, *Ci serve compassione senza commozione*, «la Repubblica», 8/12/2011.

<sup>19</sup> «Ogni forma di umanismo universale e astratto, ignorando la dimensione della situazione concreta, fallisce l'appuntamento con il divenire e con la vita, in nome di una realtà in ultima analisi inesistente». M. Benasayag, A. Del Rey, *Elogio del conflitto*, Feltrinelli, Milano 2008, p. 147. Cioè: una comune appartenenza filogenetica non è sufficiente a sorreggere un'etica condivisa sul *comune*, sul *simile*.

<sup>20</sup> «In un classico studio condotto più di mezzo secolo fa, alcuni ricercatori hanno scoperto che dei ratti che avevano appreso a schiacciare una barra per ottenere del cibo, smettevano di farlo se il loro intervento era accompagnato dall'emissione di una scarica elettrica su un ratto vicino a loro visibile. Successivi esperimenti con le scimmie rhesus hanno portato a risultati analoghi, con la sola differenza di una reazione emotiva più duratura e dalle conseguenze più profonde: una scimmia ha smesso di premere la leva per cinque giorni, un'altra per dodici, dopo aver visto l'effetto che quel gesto aveva fatto sull'altra scimmia. Le scimmie erano disposte a morire di fame pur di non essere responsabili del dolore inflitto a un proprio simile». Rifkin, *op. cit.*, p. 91.

mune in un conflitto è necessario *costruirlo*. Intervenendo nelle situazioni, per le situazioni, attraverso le situazioni che il conflitto fa emergere». Bisogna entrare nel conflitto, nelle situazioni, non esistono regole universali: «Immaginiamo che un amico inseguito da un assassino chiede rifugio in casa nostra, e che l'assassino si presenti alla nostra porta per chiedere se il suo uomo si nasconde da noi. Ebbene, secondo il filosofo tedesco avremmo il dovere di dire all'assassino "la verità". La risposta di Kant è scioccante nella misura in cui, suggerendoci di consegnare il nostro amico, se vogliamo chiamarlo ancora così, al suo carnefice, confonde la verità con l'informazione verificabile. Che cosa si debba intendere per "verità" dipende infatti interamente dalla situazione in cui il dilemma viene a porsi [...]. In questo caso la verità sta tutta dal lato dell'impegno che ci lega a un uomo perseguitato, la cui sorte è unita alla nostra dal vincolo dell'amicizia. Il comune non esiste in astratto, al di fuori delle situazioni nelle quali ci troviamo impegnati. Il comune va costruito, ed è racchiuso sempre e soltanto nel conflitto che attraversiamo... La scelta kantiana di evitare di assumere il conflitto intrinseco alla situazione, facendo ricorso a un principio di verità totalmente desituato, è il segno di un vera e propria debolezza esistenziale, il tentativo di riferirsi a una dimensione che ha la parvenza dell'universale al solo scopo di non doversi impegnare nella costruzione di uno spazio davvero comune. In ogni conflitto, infatti, la sfida è quella di comprendere lungo quale tendenza, quale biforcazione, quale asimmetria della situazione sarà possibile procedere in direzione del comune»<sup>21</sup>.

Insomma, bisogna costruirselo un mondo condiviso, non ce lo troviamo mica già pronto e a nostra disposizione; ma, più che nei valori o nelle morali, forse bisognerebbe provare a costruirselo sviluppando quelle capacità – se non quelle attitudini – che ci por-

<sup>21</sup> Benasayag, Del Rey, *op. cit.*, p. 147.

tano a sentire, compatire (nel senso precedentemente descritto), risuonare; nella disponibilità – se non nella propensione – a farsi specchio, eco, compagnia; termine del quale ogni tanto è piacevole ricordare l'etimo: *cum panis*, condivisione del pane. Questa costruzione e questo divenire li ritroviamo nelle parole di Irigaray: «La prossimità all'altro, o più esattamente con l'altro, si scopre nella possibilità di *elaborare* con lui, o lei, un mondo comune che non distrugga il mondo proprio a ciascuno. Questo mondo comune è sempre in *divenire*. [...] Nei bordi della nostra soglia prepareremo l'incontro con l'altro: all'orizzonte di un mondo che ci consenta di uscirne e di accogliervi un ospite»<sup>22</sup>.

D'altro canto anche la neurobiologia ci dice quello che, per altre vie, si pensava ormai da tempo: l'uomo si è evoluto, anzi ha potuto staccarsi dal regno di pura natura, proprio perché animale fondamentalmente sociale e cooperativo, meno predisposto alla violenza e alla sopraffazione di quanto si pensava. Eros batte thanatos, almeno come attitudini primordiali. La selezione naturale ha premiato i possessori di un gene (Avpr 1) che regola ormoni legati ai nostri comportamenti sociali (altruismo, cooperazione...). È ormai assodato che l'uomo si è differenziato dagli altri primati per l'attitudine alla cooperazione, comportamento riscontrabile in qualsiasi cultura e che si osserva anche nei bambini in tenera età; la solidarietà di gruppo aiuta la sopravvivenza. Certo le cose sono molto più complesse, perché noi siamo fatti di logos, di storia, di educazione, siamo soggetti assogettati alle istanze sociali che ci condizionano; il soggetto è un campo di battaglia dove si affrontano e si consumano forze di diversa provenienza e con alterne fortune. L'attitudine alla cooperazione si scontra con altre pulsioni e desideri e bisogni indotti. Per questo ci sembra di vivere

<sup>22</sup> L. Irigaray, *Condividere il mondo*, Bollati Boringhieri, Torino 2009. Cito da: Demetrio, *op. cit.*, p. 129. I corsivi sono miei.

in una società malata: intossicate sono le nostre emozioni. E quando si ammalano le emozioni si ammalano anche le idee. Siamo passati dalla società della disciplina («tu hai fatto questo...») alla società dell'efficienza («non sei stato in grado di...»)<sup>23</sup> e del successo<sup>24</sup> che – insieme alla popolarità (e quindi alla riconoscibilità) sembra essere il valore più ambito per i giovani di qualsiasi classe e condizione sociale; la continua ricerca di conferme

<sup>23</sup> «Per Gehlen il tratto fondamentale della società contemporanea non è la manipolazione della soggettività ad opera dell'apparato culturale del capitalismo, ma al contrario l'affermarsi del “bisogno di far valere la propria personalità”, che è diventato “onnipresente con un'intensità e in pari tempo con un senso di insicurezza che non hanno precedenti nella storia”. Più che la scomparsa di un soggetto autonomo ad opera di un potente apparato culturale, Gehlen vede nella nostra società l'affermarsi di un nuovo soggettivismo, il generalizzarsi dell'“ambizione di essere qualcuno”. Ecco perché Gehlen afferma: «Lo slogan della personalità minacciata dalla cultura di massa, è esatto solo per metà [...] non si è mai avuta al mondo tanta *soggettività* finemente differenziata e ricca d'espressione come oggi». F. Cassano, *L'umiltà del male*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 66. È una riflessione che, partendo dal celeberrimo pezzo di Dostoevskij (*La leggenda del Grande Inquisitore*, nei *Fratelli Karamazov*), affronta in tonalità minore il problema del male e della libertà. Esiste una zona grigia tra la santità e la dannazione? Come rendere più accessibile alla fragilità umana lo sforzo emancipativo?

<sup>24</sup> A proposito di successo, riporto questa lirica di Ralph Waldo Emerson: «Ridere spesso e di gusto / ottenere il rispetto di persone intelligenti e l'affetto dei bambini / prestare orecchio alle lodi di critici sinceri e sopportare i tradimenti di falsi amici / apprezzare la bellezza; scorgere negli altri gli aspetti positivi / lasciare il mondo un pochino migliore, si tratti di un bambino guarito, di un'aiuola o del riscatto di una condizione sociale / sapere che anche una sola esistenza è stata più lieta per il fatto che tu sei esistito. / Ecco, questo è avere successo». Ma il sentirsi (ed essere) unici non scatena soltanto competizione: «Il risveglio del senso di sé, innescato dal processo di differenziazione, è cruciale per lo sviluppo e l'estensione dell'empatia. Più è sviluppato e individualizzato il sé, più è grande la nostra percezione dell'unicità e caducità dell'esistenza, della nostra solitudine esistenziale e dell'infinità di

agisce sul nostro equilibrio interiore fino allo stress; il non essere sempre all'altezza delle proprie ed altrui aspettative provoca frustrazione e dalla frustrazione all'odio il passo può essere drammaticamente breve<sup>25</sup>. Il senso del tragico può prendere strade multiformi, ma non possiamo evitarlo: «Il tragico non si aggiunge a noi, è già in noi: e facciamo ogni sforzo, inventiamo ogni artificio, per non vederlo»<sup>26</sup>. Probabilmente qualsiasi declinazione dello spirito umano altro non è che una forma per sublimare il senso del tragico, e c'è domanda di mediazione perché, oltre alla ricerca di giustizia e sicurezza, c'è domanda di senso e di comunità. Non è stata la mediazione privata a volersi allargare, a sconfinare nel discorso pubblico, ma è stata l'esperienza del ritorno a dirci che una buona mediazione suscita conseguenze dirette ed indirette negli ambienti in cui arriva. Chi usufruisce di una mediazione, di una buona mediazione, ne ricava beneficio. La società ricava beneficio. Ovviamente parliamo di mediazione trasformativa e non di una mediazione problem solving.

Inoltre crediamo nella mediazione comunitaria – parentoci del tutto naturale il suo sconfinare nel discorso pubblico – perché già dagli esordi gli addetti al settore sostenevano che la mediazione fosse un fatto democratico; poi fu Delors a dirlo apertamente e in pubbliche occasioni: «la mediazione è la strada per l'attuazione

sfide che dobbiamo affrontare per esistere e prosperare» (Rifkin, *op. cit.*, p. 25). Il problema è che sentire la propria pienezza non dovrebbe essere un obiettivo legato soltanto all'efficienza delle proprie azioni in un modello di società che mette sul mercato anche le relazioni.

<sup>25</sup> «Ecco un ragazzo che non sarebbe affatto difficile odiare. Si fa in quattro per facilitartelo. Ma il pericolo dell'odio è che, una volta cominciato a coltivarlo, hai cento volte più di quanto ti aspettassi. Una volta cominciato, non ti fermi più. Non conosco nulla di più difficile da controllare dell'odio. È più facile smettere di bere che smettere di odiare. Ed è tutto dire.» Philip Roth, *La macchia umana*).

<sup>26</sup> Demetrio, *op. cit.*, p. 111.

completa della democrazia». Per questo la mediazione – oltre ad offrire «una nuova forma rituale alla società postmoderna, poiché essa permette alla sofferenza di esprimersi attraverso un rito iniziatico» – ha effettivamente ambizioni (o velleità, se preferite) politiche nel senso più puro del termine: «La mediazione è essenzialmente “democratica” e una delle sue caratteristiche fondamentali è quella di proporre all'individuo un nuovo posto e un nuovo ruolo nella società. Il mediatore partecipa all'elaborazione di un nuovo ordine, attraverso un continuo scambio e una condivisione permanente, in una continua negoziazione»<sup>27</sup>. Ma anche: «La mediazione permette di superare lo spirito individualista, tipico della nostra epoca, per scoprire un'appartenenza attiva alla collettività. Costruire insieme la pace del quartiere è una sfida che può far ritrovare a ciascuno la sua dimensione creativa»<sup>28</sup>.

La mediazione è intervento sociale in sé per il semplice fatto che siamo (consapevolmente o meno) parte di una rete. Viviamo in una rete complessa che lega l'unità col molteplice. Le reti non sono tutte uguali: all'interno di ciascuna di esse ci sono nodi cruciali che danno movimento allargandone le maglie; questa dinamicità è dovuta ai cosiddetti hub, individui connettori, crocevia del mondo sociale<sup>29</sup>, persone con molteplici e lunghi legami in grado di far incontrare mondi lontanissimi.

### 2.1. *Il potenziale democratico della mediazione comunitaria*

Uno degli aspetti più difficili da spiegare ai non addetti al lavoro è che alla pratica mediativa non interessa trovare a tutti i costi una

<sup>27</sup> J. Morineau, *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, Milano 2000, pp. 111-12.

<sup>28</sup> Ivi, p. 137.

<sup>29</sup> A tal proposito i famosi 6 gradi di separazione di Milgram sono diventati adesso 4,74: il mondo diventa sempre più piccolo; i social network sono uno straordinario strumento in questa direzione.

soluzione ma, soprattutto, generare cambiamento; un cambiamento vero, anche attraverso la rinuncia di una parte di sé come quota di investimento in una nuova azienda. Trasformazione che poi dal basso abbia una sua propagazione verso l'alto (dalla governance al government)<sup>30</sup>.

L'uomo è in grado di cambiare; pur ovviamente soggetti alle leggi di natura, siamo in grado di trascendere le situazioni date e, a differenza di tutti gli altri animali, possiamo modificare le nostre vite. Plotino diceva che ognuno deve scolpire da sé la propria statua (scavandosi e togliendo il di più, il falso, l'inutile) o anche Sartre («l'uomo è ciò che si fa») con tutta la carica di un umanesimo integrale elevava l'uomo ad artefice del proprio destino nonostante la consapevolezza tragica della vacuità del senso. La ciclica dicotomia natura-cultura sembra aver trovato uno sbocco sufficientemente ragionevole anche per i cultori dell'aspetto biologico che intrappolavano l'individuo nelle maglie del proprio corredo genetico. Insomma, al di là delle acquisizioni ambientali, l'uomo è geneticamente programmato a mutare di continuo la propria programmazione. Noi siamo in grado di arricchire le nostre dotazioni innate. E sempre sul pregiudizio della immutabilità della nostra identità, dobbiamo sempre ricordarci che alla fine noi siamo i nostri corpi, la memoria e l'esperienza, le parole gli abbracci e le vite delle persone che abbiamo incontrato. Ci pensiamo in un modo a seconda delle risposte e degli effetti che l'altro ha su di noi, e viceversa; come diceva Jessica Rabbit: «io non sono cattiva: è che mi disegnano così...». Siamo soggetto ed oggetto, osservatori osservati, costruttori di realtà perennemente in mutazione. L'identità è un cantiere aperto, un campo di battaglia. E costruiamo noi stessi quotidianamente, nulla è già dato o deciso.

La mediazione sociale, come fatto democratico, è uno strumento di intervento e partecipazione e, come cantava Giorgio

<sup>30</sup> Vedi *Editoriale*, «Mediares», n. 11, 2008, p. 25.

Gaber, «la libertà è partecipazione». Nel senso più alto, nella ricerca della prossimità perché – anche nella liquidità contemporanea – non siamo monadi isolate e dovremmo collaborare alla costruzione di un ordine condiviso. Partecipare alla vita di comunità comporta magari dei rischi, ma non c'è alternativa. E, col rischio di toccare il melenso, riporto questa storia edificante che – paradigmatica nella sua eccezionalità – racchiude migliaia, milioni di storie simili che in un modo o nell'altro agiscono nei destini collettivi a nostra insaputa. Non sarà sempre così, ma chissà quante cose accadono senza che se ne abbia consapevolezza: «Un giorno un contadino vede un bambino che sta per affogare in un fiume. Nonostante il freddo, questo si tuffa e lo salva. Il giorno dopo, il padre del bambino salvato va dal contadino per ringraziarlo e come riconoscenza si offre di pagare gli studi fino all'università del figlio. Questi, dopo la laurea, scopre la penicillina. Si chiama Fleming e salverà l'umanità dalla tubercolosi. Anche il figlio salvato dal fiume, diventato adulto, si ammala di tubercolosi e viene salvato dalla penicillina di Fleming: si chiama Winston Churchill e salverà l'Europa dai nazisti. Con un piccolo tuffo il contadino ha salvato il mondo due volte»<sup>31</sup>.

Quante volte ci hanno detto (o ci siamo detti): non metterti in mezzo, togliiti di mezzo, in un meschino rifugio nell'indifferenza. Essere indifferenti è il contrario del prendere parte. E il mediatore non è indifferente. E il traguardo verso cui accompagna i mediati è l'assunzione di responsabilità verso una scelta<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> L. Marini, *Note*, Lupetti, Milano 2005, pp. 19-20.

<sup>32</sup> «È stato detto memorabilmente da John Donne, e citato innumerevoli volte, a proposito e non, che “nessun uomo è un'isola”, e che ogni campana di morte suona per ognuno. Eppure c'è chi davanti alla colpa altrui, o alla propria, volge le spalle, così da non vederla e non sentirsi toccato [...]; e che il dolore è la sola forza che si crei dal nulla, senza spesa e senza fatica. Basta non vedere, non ascoltare, non fare. (Primo Levi, *I sommersi e i salvati*, Einaudi, Torino 1986, pp. 66-67).

«Scelta è il contrario di rinuncia, di conformismo e di vigliaccheria.

Scelta è il contrario di vergogna.

Scelta è il contrario di indifferenza. [...]

Scelta come atto di coraggio e di allegria; di responsabilità e di intelligenza; di rivolta e di scoperta.

Scelta, in definitiva, come atto audace di continua reinvenzione del mondo e di costruzione dell'umanità».

«Nel 1917 Antonio Gramsci pubblicava una rivista cui diede un titolo evocativo, civile e poetico: *La città futura*. Da solo, questo titolo costituisce una lezione sul linguaggio della politica e sulla possibilità di raccontare un sogno riconoscibile condivisibile, di progresso civile.

In quella rivista era contenuto, fra gli altri, uno scritto che giunge fino a noi con i toni laicamente epici di un grande manifesto politico e morale: *Contro gli indifferenti*.

“Odio gli indifferenti. Credo come Federico Hebbel che ‘vivere vuol dire essere partigiani’. Non possono esistere solamente uomini, gli estranei della città. Chi vive veramente non può non essere cittadino, e parteggiare. Indifferenza è abulia, è parassitismo, è vigliaccheria, non è vita. Perciò odio gli indifferenti”.»<sup>33</sup>

Partecipazione significa sentirsi parte di una comunità, con la consapevolezza che nessun gesto è inutile e che l'unica battaglia persa è quella non combattuta, e vale anche per ogni mediazione; bisogna provarci, sempre; anche quando tutto sembra sbagliato. La spinta a partecipare alla vita viene anche da un profondo senso di appartenenza e comprensione: «L'etica della comprensione è un'arte di vivere che richiede innanzitutto di comprendere in modo disinteressato. Richiede un grande sforzo, perché non può aspettarsi reciprocità alcuna. [...] La comprensione non scusa né

<sup>33</sup> G. Carofiglio, *La manomissione delle parole*, Rizzoli, Milano 2010, pp. 117-122.

accusa: ci richiede di evitare la condanna perentoria, irrimediabile, come se noi stessi non avessimo mai conosciuto il cedimento né mai commesso errori. *Se sappiamo comprendere prima di condannare, saremo sulla via dell'umanizzazione delle relazioni umane*<sup>34</sup>. La comprensione ci porta fuori dalla dinamica escludente: amico/nemico<sup>35</sup>, aut aut.

La comprensione dell'altro attiva curiosità e dialogo, mette in moto meccanismi virtuosi di problematizzazione e, insinuando le nostre certezze, ci apre al nuovo e all'imprevisto.

Ci si soggettivizza soltanto quando c'è un'alterità con cui confrontarsi e dialogare; l'Altro è una realtà indispensabile per la costruzione della propria identità, sia singola che collettiva. Solo in questo modo siamo in grado di riconoscerci e diventiamo consapevoli della nostra differenza

Il dialogo, inoltre, costruisce nuove narrazioni di Sé; è il momento privilegiato della sperimentazione del Sé, è il luogo della rappresentazione della coscienza e, attraverso la costruzione di nuove ed inedite narrazioni, possiamo imparare a capire meglio noi stessi, possiamo riflettere meglio sulla visione che abbiamo di noi e su come gli altri invece percepiscono la nostra alterità.

È necessario imparare, anche, a riconoscere gli altri dentro di noi, bisogna sforzarsi di entrare nel racconto altrui, così come diceva Montaigne parlando dei frati Cappuccini: «mi insinuo, con l'immaginazione, molto bene al posto loro. E invero li amo e li onoro tanto più in quanto sono diversi da me...»<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> E. Morin, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2001, p. 104.

<sup>35</sup> Secondo Carl Schmitt: «Egli [il nemico] è semplicemente l'altro, lo straniero e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero, per modo che nel caso estremo, *siano possibili con lui conflitti che non possono venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite né mediante l'intervento di un terzo "disimpegnato" e perciò "imparziale" [c.vo mio]*».

<sup>36</sup> F. Cassano, *Approssimazione*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 109.

Ma la mediazione richiede soprattutto disponibilità al cambiamento; se questa disponibilità è fittizia allora il dialogo diventa persuasione; e si diventa sofisti, si cerca solo di convincere l'altro della fondatezza delle proprie idee; l'altro continuerà a rimanere un barbaro, e viceversa; dove barbaro, è notorio, sta proprio ad indicare un'onomatopea che sottolinea una difficoltà linguistica che impedisce qualsiasi inizio di approssimazione.

### 3. Le "doti" necessarie ad un mediatore

Ma quali caratteristiche dovrebbe avere un mediatore? deve naturalmente essere in grado di risuonare "per simpatia" sulle corde dell'altro<sup>37</sup> perché *patire* è capire (Eschilo nell'*Agamennone*). E deve ovviamente essere polifonico, in grado di farsi altro per capire gli altri, deve superare le differenze di genere. «[...] sono l'unico uomo che vive tra gli spettri / L'unico spettro a vivere tra gli uomini / Sono l'unico eletto, e l'unico negletto fra le nebbie. / C'è in me la sfrontatezza dell'uomo e della donna»<sup>38</sup>. La sua polifonicità gli consente di capire le ragioni di tutti perché i conflitti non sono mai casuali e c'è sempre una ratio a giustificarne l'esistenza: «Il pensiero della molteplicità e del conflitto muove dal presupposto che i punti di vista in lotta all'interno di un certo conflitto siano dotati ciascuno di una ragione sufficiente. Nessuno di loro è semplice aberrazione»<sup>39</sup>.

E deve, va da sé, essere un buon comunicatore. Deve avere le parole<sup>40</sup>, deve restituire il non elaborato e lasciare che si trasformi in narrazione, perché la narrazione ridefinisce il problema: «Date

<sup>37</sup> La risonanza in fisica è il trasferimento di energia da un sistema all'altro, risuonano "per simpatia" le corde che hanno la stessa frequenza.

<sup>38</sup> D. Thomas, *Poesia* 39.

<sup>39</sup> Benasayag, *op. cit.*, p. 146

<sup>40</sup> «La democrazia è discussione, è ragionamento comune, si fonda sulla circolazione delle opinioni e delle convinzioni. E – osserva Zagrebelsky – lo

parole al dolore: il dolore che non parla bisbiglia al cuore sovraccarico e gli ordina di spezzarsi» (W. Shakespeare, *Macbeth*). Dare parole al dolore per non far crollare il mondo nel quale ci muoviamo: «I limiti del mio linguaggio significano i limiti del mio mondo» scrisse Wittgenstein. La padronanza del linguaggio è una condizione affinché il reale non ci sfugga più di quanto già non faccia di suo. Va ricostruita l'esperienza di vita, ridrammatizzata con il mediatore che entra ed esce di scena, *anghelos* nella storia, libero

strumento privilegiato di questa circolazione sono le parole. Il rapporto fra ricchezza delle parole e ricchezza di possibilità (e dunque di democrazia) è dimostrato anche dalla ricerca scientifica, medica e criminologica: i ragazzi più violenti possiedono strumenti linguistici scarsi e inefficaci, sul piano del lessico, della grammatica e della sintassi. Non sono capaci di gestire una conversazione, non riescono a modulare lo stile della comunicazione – il tono, il lessico, l'andamento – in base agli interlocutori e al contesto, non fanno uso dell'ironia e della metafora. Non sanno sentire, non sanno nominare le proprie emozioni. Spesso non sanno raccontare storie. Mancano della necessaria coerenza logica, non hanno abilità narrativa: una carenza che può produrre conseguenze tragiche nel rapporto con l'autorità, quando è indispensabile *raccontare*, descrivere, dare conto delle ragioni, della successione, della dinamica di un evento. La povertà della comunicazione, insomma, si traduce in povertà dell'intelligenza, in doloroso soffocamento delle emozioni. Questo vale a tutti i livelli della gerarchia sociale, ma soprattutto ai gradi più bassi. Quando, per ragioni sociali, economiche, familiari, non si dispone di adeguati strumenti linguistici; quando le parole fanno paura, e più di tutte proprio le parole che dicono la paura, la fragilità, la differenza, la tristezza; quando manca la capacità di nominare le cose e le emozioni, manca un meccanismo fondamentale di controllo sulla realtà e su se stessi. Nelle scienze cognitive questo fenomeno – la mancanza di parole, e dunque di idee e modelli di interpretazione della realtà, esteriore ed interiore – è chiamato ipocognizione. Si tratta di un concetto elaborato a seguito degli studi condotti negli anni Cinquanta dall'antropologo Bob Levy. Nel tentativo di individuare la ragione dell'altissimo numero di suicidi registrati a Tahiti, Levy scoprì che i tahitiani avevano le parole per indicare il dolore fisico ma non quello psichico. Non possedevano il concetto di dolore spirituale, e pertanto quando lo provavano non erano in grado di identificarlo.» In Carofiglio, *op. cit.*, pp. 18-19.

di entrare ed uscire dalla quarta parete. Il mediatore deve aiutare i confliggenti a trovare le parole nascoste, i non detti, i sottotesti, perché «*curae leves loquuntur, ingentes stupent* (le preoccupazioni lievi parlano, quelle gravi tacciono)» (Seneca, dal Fedra). Bisogna dare un nome ai propri demoni, solo così si ha potere su di loro. E le situazioni vanno continuamente ridefinite perché il comportamento umano sfugge dai facili sillogismi e non procede per via algoritmica; ma se questa sua eccedenza diventa una risorsa e non un problema allora potrà venir fuori il meglio di noi con un approccio creativo (pensiero laterale, procedimento euristico, ecc.).

Oltre alle caratteristiche precedentemente descritte un mediatore deve, naturalmente, essere dotato di grande pazienza; la pazienza rimanda al ritmo del percorso, ritmo lento.

Gregory Bateson ha avuto il merito di insegnarci a leggere nelle tradizioni un deposito di sapienza ecologica, di coscienza del limite, che è stato poi dissolto dal trionfalismo espansivo della modernità. Uno sguardo equo e scevro da pregiudizi scoprirebbe che ci sono esperienze che con l'aumento della velocità si deteriorano profondamente o addirittura scompaiono, dall'amore e la cura per l'altro alla riflessione, dall'educazione alla convivialità, a tutte quelle attività e qualità che, per esistere, hanno bisogno di respirare un tempo largo, di disporre dell'ossigeno della durata. L'assolutizzazione della velocità produce una grave deformazione o mutilazione dell'esperienza, e ciò che va perduto viene spesso sostituito da qualcosa che porta ancora lo stesso nome, ma ne costituisce solo una terribile caricatura. I ricordi spesso vengono ricostruiti secondo i nostri interessi

Come dice Marc Augé, «La storia futura non produrrà più rovine. Non ne ha il tempo».

E infine tra le qualità di un buon mediatore ovviamente c'è l'empatia; e tanto più la nostra individualità sarà multipla, complessa, sfaccettata e con molteplici identità e affiliazioni, tanto più come mediatori avremo la capacità di sentire l'Altro. Scrive Rifkin:

«Vivere con identità ibride e affiliazioni culturali multiple alimenta il cosmopolitismo dal basso e l'estensione empatica. Appropriandosi di diverse culture, gli individui acquistano una identità multiculturale e, perciò, diventano più tolleranti e aperti verso la diversità che li circonda. Un'identità multiculturale offre anche all'individuo una più ricca riserva di esperienze personali e di sentimenti cui attingere per esprimere empatia verso gli altri».

E per concludere non posso non riportare un pezzo che ho trovato rileggendo un classico di gioventù: «Quest'uomo singolare era stato, tempo addietro, un religioso e, con la sua infaticabile attività, si era distinto nel suo ufficio, perché riusciva a sedare e ad appianare tutte le controversie, sia quelle in famiglia sia quelle tra vicini, dapprima tra singoli individui, poi anche tra intere comunità e tra numerosi possidenti. Finché era rimasto in servizio, nessuna coppia aveva divorziato e i consigli regionali non erano mai stati importunati con liti e processi provenienti dal suo paese. Si era accorto subito quanto fosse indispensabile per lui avere delle conoscenze giuridiche. Si era buttato a capofitto in questo genere di studi e presto si era sentito il più abile degli avvocati. La sua sfera di influenza si era straordinariamente allargata, e già pensavano di trasferirlo nella capitale, affinché completasse dall'alto ciò che aveva iniziato dal basso, quando riportò una notevole vincita a una lotteria, si comprò una discreta tenuta, l'affittò a mezzadria e ne fece il centro della sua attività, con il fermo proposito – o piuttosto seguendo vecchie abitudini e inclinazioni – di non trattenersi in una casa dove non ci fosse da metter pace e da prestare aiuto. Coloro che sono superstiziosi riguardo al significato dei nomi sostengono che il nome Mittler [in tedesco «mediatore», N.d.T.] lo abbia costretto ad abbracciare questa, che è *la più strana di tutte le vocazioni* [c.vo mio]»<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> J.W. Goethe, *Le affinità elettive*, (1809) Mondadori, Milano 1988, p. 18.





# Procedural rights and dignity of victims in Hungary\*

by Andrea Tünde Barabás\*\*

Of the participants in the criminal procedure, the person in the worst position is the victim, whose grievance launches the “case”. It is he or she who, not properly informed, without any real legal and psychological support, often with their basic rights ignored, meanders in the cobwebs of criminal procedure which are incomprehensible for them. Often they are not even notified of the close of the procedure and the harm they suffered is redressed neither by the perpetrator nor by anyone else. Despite this, perpetrators and their circumstances get greater attention in criminal procedures to this day. The need for investigating the victims of crime appeared in criminal policy and in scientific thought in the second half of the 20th century.

As the role of victims came to the fore, ground was gained by efforts which – in addition to understanding the causes and process of victimisation – intended to explore such issues neglected

\* In coda all’originale riproponiamo l’articolo tradotto in italiano (a cura della redazione).

\*\* Ph.D National Institute of Criminology, Budapest.

<sup>1</sup> Fattah, Ezzatth A. (1991) *Understanding Criminal Victimisation*. Prentice-Hall-Canada Inc.

until then as latency, secondary or tertiary victimisation<sup>1</sup>, the possibility of compensation, and the sense of security/the fear of crime. The authorities, however, do not have knowledge of all victims but only those in officially instituted criminal procedures. This is not sufficient for the development of a successful concept of prevention, as more information is needed for this, not only about those declared victims during a legal procedure but also about those endangered and about the victims unknown to the authorities. As the UN pointed out in the Vienna Declaration of 2000, when formulating a valid crime prevention concept, it is not enough to rely on police records but the actual number and characteristics of victims should also be known.

## 1. Victimisation in Hungary

In order to find out more about victimisation, we must start from the official statistics. These are constantly updated and contain data relating to victimisation in respect of a long period. We should, however, be aware of the shortcomings of statistical records, since by taking these into consideration the inherent distortions can in part be eliminated.

### 1.1. *Statistics and Reality*

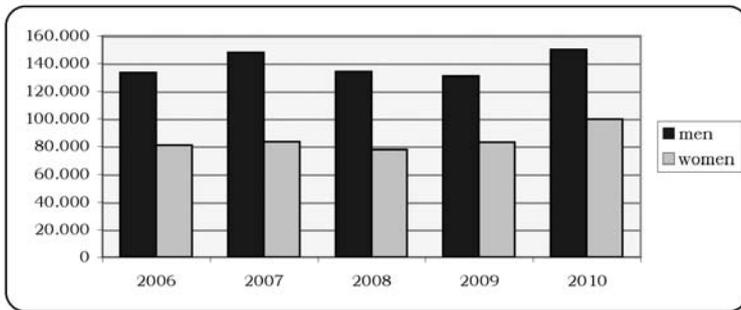
The most comprehensive official statistical data relating to the victims of crimes are included in the annually appearing. This shows the information on the known victims of the most important crimes in respect of a period of five years. According to official statistics, over 400,000 (in 2010: 447 186) crimes are reported, and over 200,000 (in 2010: 249 595) individual victims are known to have become victims according to the Unified Criminal Statistics of the Police and the Public Prosecution<sup>2</sup> pro years. The current

<sup>2</sup> Egységes Nyomozóhatósági és Ügyészszégi Bűnügyi Statisztika.

population of Hungary is approximately 10 million. It means, that something more than the 2 percent of the Hungarian population are victimised pro years.

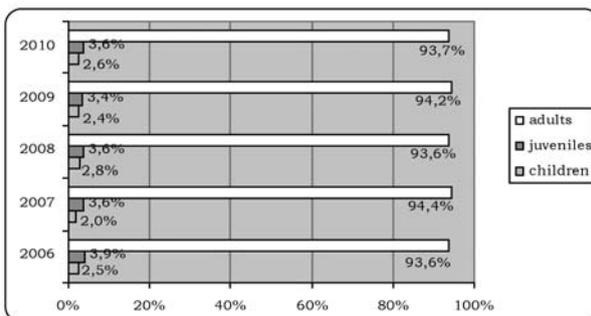
*Number of victims by gender, 2006-2010*

According to official data, a majority (about two-thirds) of victims are males and only a minority are females, which contradicts research findings (see below).

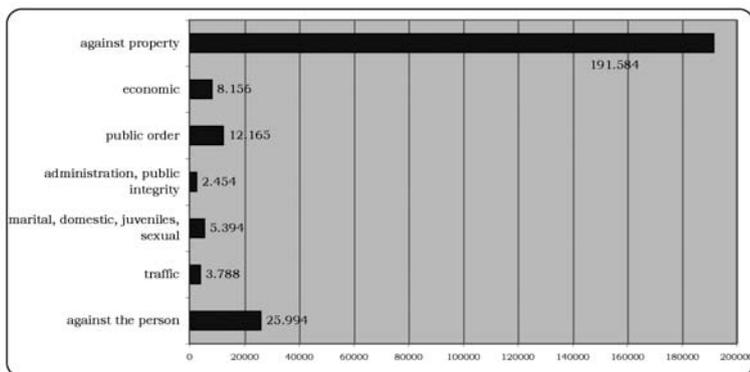


*Victims by age group (%), 2006-2010*

A majority of victims are adults, with children and juveniles comprising a 6–7% minority.



*Number of victims by main crime categories, 2010*



The vast majority of cases reported by individuals are crimes against property, followed in rank by crimes against the person, marriage, family, juveniles, sexual offences, and traffic offences.

The Statistics is useful but it reflects reality in a limited way. The reason for this is that the data of the victims, which become part of the statistics, are recorded at the end of the investigation, and so the registers do not contain any later changes. It will not be shown in the statistics if, for example, the court proceedings later establishes that no criminal act occurred, which means that there can be no victim in the case, in the legal sense; or if the court qualifies the act as something other than that in the charge.

It also does not contain the number of victims who suffered a crime as legal entities – although there are natural persons behind legal entities too. It only shows the data relating to the victims of the so-called high-priority crimes and it is not able to take into account more than one victim of the same criminal act. This means that the statistics will not show all the possible victims or all the victims registered by the authorities, even from the outset.

Besides these problems of a mostly administrative kind, the official statistics also does not reflect the number of people, who, in addition to the direct victim, are those enduring the given criminal act (e.g. all other family members in the course of a house-breaking), and it fails to show non-material damage and the material damage suffered due to acts that were not committed against property. By virtue of its nature, it is incapable of demonstrating the damage which cannot be actually measured at the given time, which are caused by the criminal acts in the concrete cases and which affect the victims' further lives and future. Finally, it obviously does not deal with the persons injured by criminal acts who, for some reason, failed to report the harm they suffered – which thus remained latent – and the victims of the same.

### *1.2. Options for measuring victimisation and latency*

Far-reaching surveys were commenced to determine the rate of victimisation and latency in effect in the second half of the 20th century, first in the United States, then, motivated by the success, also in Europe. The fact that a certain amount of criminal acts are not reported to the authorities could for the first time be established scientifically from these examinations.

On the one hand, it turned out that those interviewed indicated the suffering of many more criminal acts than occurred in the given period according to the official statistics; on the other hand the respondents also related criminal acts that had not been reported before. These examinations were not regular in the beginning and they mainly collected data concerning the criminal acts and not the victims but later on they also systematically examined the issues related to victimisation.

The victim surveys measuring victimisation at the national level are carried out yearly or repeatedly at certain intervals. Among the victim surveys that grew international by the 1990s, it is worth

highlighting the UN's so-called ICVS surveys (International Crime Victim Survey), which are specifically aimed at victimisation<sup>3</sup>.

### *1.3. Hungarian victim surveys in the 21st century<sup>4</sup>*

After the turn of the millennium there were several large-scale surveys conducted by the National Institute of Criminology (OKRI) dealing with victimisation and related issues (for example: latency, fear of crime, sense of insecurity, communal and situational crime prevention). Each survey was supported by funds from competitions. Until now, no comprehensive victim survey has been conducted with state financing, although the need to carry out such research is declared by a statutory instrument.

#### *1.3.1. Victims and Opinions<sup>5</sup>*

During 2002 and 2003 the National Institute of Criminology organised and evaluated the first national victim survey which, interviewing 10,000 persons, can be considered unique in respect of its volume and depth.

According to the results of the research, in the period of 2002 and first half of 2003, altogether 2007 adults – the 20% of those questioned – became the victim of a crime on one or more occasions. Compared to the official statistics, this shows a much greater (more than fivefold) proportion. It should be noted, however, that these data cannot be compared directly. In addition, taking

<sup>3</sup> Zvekic, Ugljesa (1998) *Criminal Victimization in Countries in Transition*. Rome: UNICRI.

<sup>4</sup> This study presents the victim surveys organised by the National Institute of Criminology.

<sup>5</sup> The research was carried out in 2002 and 2003, with the participation of OKRI's researchers, supported by the Széchenyi project, entitled "Victims and Opinions on Crime". Number: NKFP-5/0100/2002.

into account foreign surveys of this kind, our survey did not operate with criminal law facts and also used the term of victimisation in the colloquial sense. This could also increase the number of ticks.

During the examination of latency, the first thing that became clear was that the number of criminal acts that did not come to light was really large in Hungary too. In respect of the year 2002 only 739 crimes were reported out of 2276 according to the statements (approx. 32%).

In respect of latency, our presumption, that people mainly fail to report petty cases where the extent of the disadvantage accompanying the reporting of the crime significantly exceeds the advantages of the police procedure, also proved true. On the other hand, in those cases where a certain event related to its reporting occurs (for example, the payment by the insurance company in the event of a car theft), the rate of reporting is rather high. We also asked why the victims failed to report the given act. The most frequent answer in this case was the distrust of and discontent with the police (43%) followed by the answers mentioning “little damage” or “no damage” (28%).

### *1.3.2. “Crime Prevention Carousel” (CPC) - AGIS Project<sup>6</sup>*

The purpose of the project (between 2005 and 2007) was to examine the issues of the built environment victimisation and crime, the possibilities of prevention and the fear of crime. The members of the international team (British, Dutch, German, Polish and Hungarian experts) paid particular attention to the investigation

<sup>6</sup> Crime Prevention Carousel (CPC) – AGIS Project (Project JAI/2004/AGIS/164).<http://www.iuscrim.mpg.de> [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/funding/](http://europa.eu.int/comm/justice_home/funding/)

of the crime and victimisation prevention effects of town rehabilitation projects aiming at the renewal of the built environment.

We visited altogether 1500 residents in the given areas during the examination. During the survey, 342 of the 1500 persons answered the question concerning whether they had been the victims of a crime during the three years preceding the questioning in the affirmative. Of the respondents, 12% marked that they were victims once, while more than 25% marked that they were victims twice. The residents were mainly afraid in deserted and dark places (e.g. subways, pubs and the area around the market) in the housing estate<sup>7</sup>.

Just as in the previous survey, it turned out that women were represented among victims in a larger proportion than in the official statistics. Typically, more women mention damage against property of a great value such as car theft or burglary, while more men mentioned, for example, bicycle theft and car break-ins.

Reports to the police were made by approximately 50% of the men and 71% of women. This may be related to the fact that they mentioned greater damage, probably covered by an insurance company. There were no differences as regards trust, bad experience and other causes between the sexes and the different age groups, and the respondents also mentioned experiencing damage in a similar proportion.

It also became clear from the answers that women's sense of security decreases much more after the crime. Thus, while more than 50% of women felt they were in danger following the crime, only 30% of men felt the same. One of the most important results

<sup>7</sup> Barabás A. Tünde and Windt Szandra (2007) Levels of Victimisation. In: T. Lukas (ed.): *Crime Prevention in High-Rise Housing*. Berlin: Hg: Duncker and Humblot, 63-85 Fattah, Ezzatth A. (1991) *Understanding Criminal Victimisation*. Prentice-Hall-Canada Inc.

of the survey was the fact that 42% of victims did not report the case to the police, although this was not surprising on the basis of the earlier observations. The most frequent reason for this stated in the answers (in more than half of the answers) was that “they did not believe that the perpetrator would be captured”. In addition to this, many mentioned the bad experience they or their family members had in the course of previous procedures; that they had no time to deal with the case; or that there was only little or no damage. Four percent of those who failed to report the case settled it among themselves, that is, they applied some kind of “domestic” conflict resolution. Only 10% of those reporting (197) knew that the perpetrator was later arrested, and only 12 persons declared that they had knowledge of the further course of the procedure (5 mentioned that the perpetrator had been found guilty). This experience obviously does not increase the willingness to report among victims.

#### *1.3.4. Victim’s reconciliation - perpetrator’s accountability<sup>8</sup>*

Within the framework of the research entitled “The opinion of the residents of Budapest on crime and restorative justice”<sup>9</sup>, in 2009, we carried out a survey of a sample of 500 adults from Budapest, which consisted of questions concerning crime, punishment, victimisation and restorative justice. It turned out during our survey – which could be regarded as representative in respect

<sup>8</sup> Research by the author is supported by the János Bolyai scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

<sup>9</sup> The residential survey entitled “The opinion of the residents of Budapest on crime and restorative justice” was conducted within the framework of the international research „Mediation and restorative practice in prison settings”, with the financial support of the European Commission’s Criminal Justice Programme (JLS/2008/JPEN015-30-CE-0245615/00-52).

of sex and age – that the majority of the earlier research results were also confirmed by this survey of a relatively small sample.

As regards victimisation, the results of the previous surveys were confirmed. Contrary to the 2% victimisation rate shown in the official statistics, approx. one fifth (20%) of the respondents said in the survey that they had suffered a criminal act during the year preceding the questioning. Altogether 50 respondents mentioned more than one crime. The 152 respondents who became victims suffered a total of 259 criminal acts in the year before the questioning; 99 persons suffered only one act. This rate shows ten times greater victimisation than the official rate. Looking back on their lives, only 37% of those interviewed reported that they had never been a victim before.

Regarding the criminal acts suffered in 2008, reports were only made in hardly more than half of the cases (52%). The respondents preferred not to report the cases they qualified as theft, robbery, damage to property, bodily harm, vandalism or domestic violence, whereas in the case of those considered harassment, a car break-in, car theft, burglary or abuse of data they went to the police to report the crime (because of the insurance company). This result confirmed the observations that latency is different in the case of each type of criminal act. Thus, in cases of minor importance, where reporting would only mean an additional burden for the victim, or in cases where the victim is defenceless, is afraid of the perpetrator or is ashamed or blames himself/herself (e.g. the cases of domestic violence or sexual assault), latency is significant. On the other hand, the low willingness to report crimes did not show any relation with the sex and age of the answerer.

#### *1.4. The role of the victim in criminal procedure and the Hungarian system of victim protection*

In the Hungarian institutional system of criminal procedure and

enforcement, victims' perspectives are not given prominence. In criminal procedure, victims are seen as a necessary evil, playing the role of witnesses. In court proceedings focussing on offenders, the advocacy of victims' interests plays little weight. Victims are not asked about their needs and feelings and how they think their offenders should be punished. Victims are no longer needed following the first instance, and thus often they are not even informed whether their offenders have been convicted and if they have, what punishment they have been given.

In Hungary, intensive efforts started as early as the 1990s to reform the role of the victim in criminal procedure. The reform was under pressure from substantial changes in crime in connection with the regime change: a rapid increase in criminal activity and a change in its structure, and increasing recidivism and undetected crime; while international requirements and conventions on victims' rights also called for change<sup>10</sup>.

In the late 1990s, a system of national institutions was established to provide information and support for victims. The Victim Support Services were created as part of the Office of Justice within the Ministry of Justice, and later, in 2007, a mediation department was also integrated into the Office. As regards victim protection, in accordance with international documents, emphasis was shifted towards information (i.e. providing information on the offender's release and on compensation, healthcare and social issues) and state compensation<sup>11</sup>. The applicable Act<sup>12</sup> has been

<sup>10</sup> Fellegi, B.-Szegő, D.: Talks behind the walls. In: Responsibility-talking, Relationship-building and Restoration in Prisons, 2011. Budapest, Manuscript.

<sup>11</sup> Government Resolution No. 1074/1999 on the legislative tasks and other measures to be taken in the interest of the protection of victims of crimes and their relatives and on the compensation and relief of damage.

<sup>12</sup> Act CXXXV of 2005.

in effect since 2005 and provides that the work of the Victim Support Departments operating at each county seat should provide support in the following areas: general information, services: protection of victim interests, instant monetary aid, legal aid and state compensation.

Pursuant to the 1999 Government Resolution, a national network of rapporteurs for victim protection was established within the police. The rapporteurs are responsible for liaising with police units carrying out investigations, inquiries and other activities and for referring victims to the Victim Support Services.

The associated studies show that most of the victims do not know about the existence of victim support services, the available options and forms of the promotion of interests. In the light of the results of a representative survey in 2007, 30% of the population in Hungary is aware of the existence of victim support services, and approximately 5% of the victims of crimes have used some service of the national Victim Support Services (Official Statistics 2007). It is extremely rare for a victim to receive financial compensation.

Psychological and other non-financial forms of assistance have not been part of the institutional tasks undertaken by the state. Such tasks are undertaken by NGOs, established prior to the system of government institutions, but covering a much smaller area and typically focussing on special victim groups (for example, the White Ring Public Benefit Association, or the ESZTER Foundation, which provides support for victims of sexual crime).

The recognition of the necessity of victim protection and efforts to reinforce victims' rights have intensified the need to enable victims to play a more active part in the procedure and decide on their own needs. One of the most important means of doing so was to enable restorative methods by introducing mediation in 2006.

## **2. The possibilities of mediation in Hungary**

The Hungarian Criminal Code (CC) follows the principle of two track criminal policy. It gives prominence to the most serious traditional offences on the first track and orders severe retribution for such offences in proportion with the acts committed. In this approach, all other forms of crime are assumed to be on the second track, including criminal activities which are widespread, or are minor or medium in severity. Among the sanctions against criminal activities on the second track, a number of means are available from the severe forms involving deprivation of liberty through alternative community sanctions to mediation between offenders and victims.

In Hungary, the use of mediation in criminal matters had been debated for over a decade. However, opinion was divided even among professionals arguing for mediation on whether it should function as part of or outside criminal procedure<sup>13</sup>. Those debates were brought to an end by Act LI of 2006, adopted in February 2006, virtually in the last hour, as Hungary was under an obligation following its accession to the EU to introduce mediation in criminal proceedings pursuant to Article 10 of the Council Framework Decision of 15 March 2001. The Framework Decision set a deadline for compliance with this requirement by 22 March 2006.

<sup>13</sup> One argument by those opposing mediation was that it was alien to the function and purpose of criminal law and legal practice, to the mindset of the Hungarian population and of legal practitioners, or even to the solutions applied by Hungarian legal institutions. If the purpose punishment is to impose retribution in proportion with the acts committed, then the “exemption” from other sanctions, offered by reconciliation, could by no means be incorporated into penal practice. The idea of a restorative approach prompted doubts whether the victim or the state had the right to dispense with procedure in the event of reparation.

The changes required for mediation were regulated by Act LI of 2006, which amended several provisions of the Act on Criminal Procedure (ACP) and the Criminal Code (CC), enabling, as of January 2007, reconciliation between the offender and the victim of a crime as part of criminal procedure.

Under the Act, mediation is mainly available prior to the court stage, before charges are brought. Mediation can be initiated by the public prosecutor, the parties concerned as well as their representatives, and, where the statutory requirements are met and both the victim and the suspect agree, the public prosecutor may suspend proceedings for a maximum of 6 months for the purpose of administering mediation. If, however, for any reason, the question concerning the availability of mediation arises only later in the court stage, mediation is also possible in that stage of procedure.

Nevertheless, mediation is subject to statutory limitations: Under the regulations, mediation is available in the case of crimes against the person (CC Chapter XII, Titles I and III), traffic offences (Chapter XIII) and crimes against property (Chapter XVIII), punishable by up to five years of imprisonment, provided that proceedings are suspended by the public prosecutor and the parties are referred to a mediator. This requires the possibility under Article 36 of the CC (active repentance) to terminate proceedings or for the sentence to be reduced without any limitations. With adults, in the event of successful mediation, if the offender is no longer punishable, the public prosecutor will terminate proceedings, otherwise they will bring charges. In the case of an act punishable by up to three years, charges will be postponed for a period between one and two years where the suspect has already started fulfilment. With juveniles, the range of punishment is limited to five years. Additionally, the Act also provides for the grounds of exclusion: for example, mediation is not available where the offender is a reoffender committing a similar crime for

the second time or committing a crime more than twice, or the offender commits the crime as a member of a criminal organisation, or the offence caused death.

Another important legal act relating to mediation is Act CXXXIII of 2006 on Criminal Mediation (ACM), which regulates the activities and duties of mediators and specific related issues.

The purpose of mediation is essentially bidirectional. On the one hand, it aims to influence the offender by facilitating honest repentance and thereby future abstention from similar actions through meeting and talking to the victim and reparations made to the victim. The same weight is carried, unparalleled in Hungarian criminal procedure, by the victim's intention and will to participate in mediation, and also concerning whether they wish, and if they do, how, to meet the person causing their injury, to listen to that person, and to negotiate the possible ways of reparation.

The most recent changes concerning mediation were introduced by Act LXXX of 2009 amending the CC and the ACP. The amendments relating to active repentance clarify the issue previously emerging in practice concerning decisions on the adequacy of compensation to be offered in the course of mediation (public prosecutor's requirement of proportionality). Namely, an analysis of the practice of the first years clearly indicated that with public prosecutors that apply mediation the most frequently, the content of reconciliation, i.e. the adequacy of reparation often appears to be disputed as it is not always on a par with the damage actually caused (could be less but also more). Examples include cases where there was no damage requiring reparation, or the offender had repaired the damage prior to mediation. An unambiguous solution to such cases is offered by the recent statutory regulation, which clearly provides that the decision about the adequacy of the degree of reparation should lie with the victims both in proceedings involving juveniles and those involving adults.

### 2.1. Procedure<sup>14</sup>

Eligibility to initiate mediation: If the statutory requirements are met, mediation may be initiated voluntarily either by the offender or their defender, or by the victim or their attorney. The decision about referring a case to mediation is always made by the public prosecutor or the judge. Therefore, a written indication is required at the police or in the prosecution stage that either party involved in the case would like to request mediation.

The mediation process: Following receipt of the case, the mediator contacts the parties by phone or mail, informs them of the purpose, procedure, venue and date and time of mediation.

The victim and the offender attend the mediation at the same time. Where they deem necessary, each party may be accompanied at the session by two helpers (relatives or friends).

With the help of the mediator, mediation provides the parties with an opportunity to explain what effect the crime has had on them, the offenders may express that they take responsibility for the criminal act and they also have a chance to apologise. Also, the parties can agree on reparation for the injury caused by the crime.

The agreement is set in writing by the mediator at the venue of the mediation, and is signed by everyone in attendance. The agreement is delivered to the competent public prosecutor or judge. Whatever is said during mediation, except what is written in the agreement, is subject to the rules of confidentiality. The mediator verifies fulfilment of the provisions of agreement and reports on the same to the public prosecutor or judge.

If the agreement is successfully fulfilled, the criminal proceedings, depending on the severity of the crime, are terminated, or the judge may reduce the sentence without restrictions, i.e. may impose any reduced sentence. Importantly, these consequences

<sup>14</sup> see <http://www.kih.gov.hu/>

are available only if an agreement has been reached in the course of mediation.

Where no agreement has been reached or the parties fail to fulfil it, criminal procedure continues in its ordinary course.

Mediators: Under law, mediation between the parties is carried out by a professional mediator, who plays the other key role in the success of mediation in addition to the public prosecutor. As of 1 January 2007, the probation officer of the Office of Justice retrained for this purpose was authorised to proceed in criminal cases. As of 2008, in contrast with previous approaches, attorneys may also act as mediators pursuant to Article 3 of the Act on Mediators, subject to the same procedure as probation officers.

## 2.2. Cases and victims

Based on official statistics, mediation concerned over 1% of all victims in the first year of its introduction. Over the years, this ratio increased to more than 1.5%.

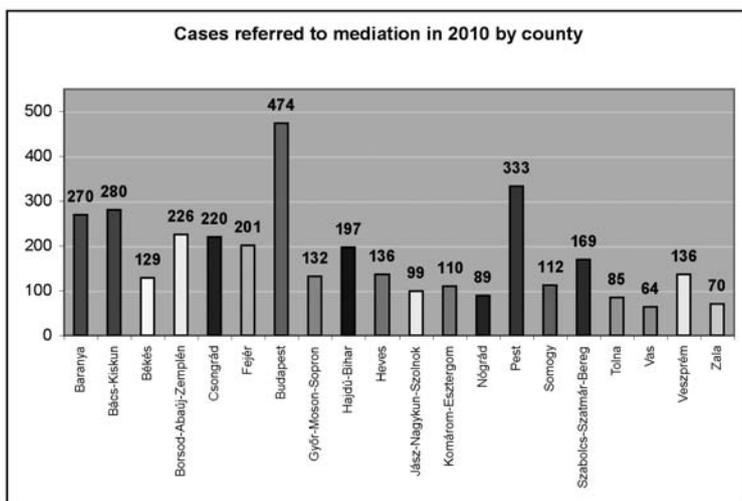
In 2010, a total of 3,276 cases were settled by means of mediation. That is, the fourth year in the Hungarian history of this legal institution saw a 12% increase in the number of cases over the previous year.

<b>Mediation procedures</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>
Total number of cases referred	<b>2,451</b>	<b>2,976</b>	<b>3,158</b>	<b>3,532</b>
Referred by courts	922	540	453	375
Referred by public prosecutors' offices	1,529	2,436	2,705	3,157
Total number of cases involving juvenile defendants	299	355	360	398

Source: Ministry of Public Administration and Justice.

However, as in previous years, the number of cases continue to vary across counties.

The table below shows the number of mediation cases for each county:



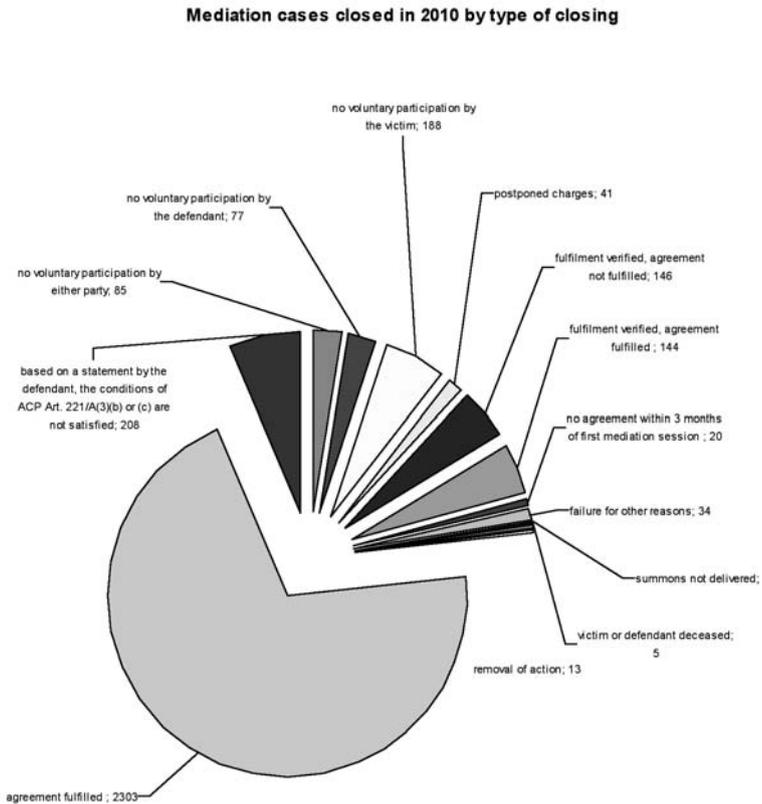
Source: Ministry of Public Administration and Justice.

The distribution of offences across the cases referred to mediation appears to be constant. Nearly a half of all cases are crimes against property (mostly theft, criminal damage, fraud and misappropriation), a third are traffic offences (primarily causing road accidents by negligence), and a fifth are crimes against the person (primarily assault and harassment).

### 2.3. Closed cases and success

In 2010, 2,634 cases were closed with the result that an agreement for active repentance has been made, which is 80.4% of the total number of cases referred to mediation (3,275).

In the chart below the cases closed in 2010 are shown by type of closing:



Source: Office of Central Justice, Ministry of Public Administration and Justice.

The number of agreements should not be considered the only measure of how successful mediation is. The primary aim of the mediation process is to enable participants to understand each other and what the act has caused, relate their feelings, and assimilate the emotional impacts of the act. This requires the offender to take responsibility. Once these requirements have been met, the issue of reparation can be settled and an agreement can be elaborated. Cases may also be considered successful where the parties have got to the point of managing the conflict, clarifying responsibility, and forgiveness, but an agreement is not reached for some reason (primarily because of a realistic claim by the victim, which the defendant cannot satisfy). From an administrative perspective, however, such cases closed without an agreement are deemed to be unsuccessful despite certain objectives of mediation having been met<sup>15</sup>.

Similarly to international experience, over 90% of successful agreements have been fulfilled. The high fulfilment rate of agreements indicates that a vast majority of agreements indeed represent a real and genuine commitment by the defendants to victims, the token of which is the fact that mediators do not make any propositions as to the content of the agreements.

Mediation appears to be a rare but effective means in cases involving juveniles, where success rates are even higher. Out of the 357 cases closed, an agreement was reached in 314 cases (88%), 94.6% of which were fulfilled, while charges were postponed in 4 cases.

It should be noted, however, that juveniles represent a relatively low 11% of all defendants referred to mediation, which is not significantly higher than the general rate of juveniles to all offenders. In many countries, mediation is considered a very effective

<sup>15</sup> Based on the Report 2009 of the Central Office of Justice.

approach particularly in cases involving juveniles, and was first used in such cases when the legal institution was introduced. Yet, legal practitioners in Hungary do not seem to have a higher preference for mediation in juvenile cases than with adults. In our experience, this primarily relates to the fact that the referring authorities (primarily public prosecutors) are reluctant to forego the rehabilitative impact of probationary supervision in cases involving juvenile defendants, which cannot be ordered in the course of mediation.

#### *2.4. Questions and tasks arising from practice*

Since 1 January 2007, mediation has been a successful part of the history of Hungarian justice. Despite the earlier aversion, mediation as a restorative method works well in Hungary, with over 3,000 cases closed successfully each year.

At the same time, the uneven distribution of cases across the country suggests that from the victim's perspective, it does make a difference where the proceedings are conducted. In 2010, for example, victims were the most fortunate in Budapest in the sense that their cases had a good chance of being referred to mediation. By contrast, there was virtually no chance for referral to mediation in certain counties of the country.

In 2008-2009, the National Institute of Criminology conducted focus group interviews with public prosecutors to investigate the causes of this adverse practice<sup>16</sup>.

The interviews identified the problems that contributed to differences in practice emerging across counties. It also became clear that in practice, each problem impeding the use of mediation vio-

<sup>16</sup> Barabás, T.-Windt, Sz: The role of the prosecutor in the mediation procedure In: *Kriminológiai Tanulmányok (Criminological Studies)* 46. OKRI, Budapest, 2009. pp. 132-168.

lates victims' right to have equal justice in their cases in various areas of Hungary. What follows is a discussion of the issues which have an impact on the victim's case and influence referral to mediation.

The success of application primarily depends on the competent authorities themselves. For example, if the public prosecutor, whose role is extremely important in taking the steps required for mediation (having the powers to propose and initiate mediation and to provide information), disagrees with the institution or goals of mediation or has doubts about it, they will not promote it and therefore mediation will not "function" in the area concerned. Such doubts may arise in the work of public prosecutors concerning the necessity of reaction in proportion with the acts committed, and in connection with that, concerning what indeed to consider adequate reparation. There is wide disagreement, for example, with the possibility that an apology may be sufficient in the event of assault or severe damage to property. This in turn may unreasonably limit victims' opportunities to use mediation in cases where it is otherwise suitable.

Although examining the adequacy of the degree of reparation is clearly not a competence of the public prosecutor any longer pursuant to the 2009 amendment of the CC, public prosecutors have not had a stronger preference for mediation. Under the regulation, irrespective of the public prosecutor's opinion, the victim's will prevails in the course of the agreement, relieving the competent public prosecutor from the duty of examining its adequacy.

Additionally, opinions across counties differ as to the cases where mediation is an appropriate solution. For example, in a number of domestic violence cases, questions have been raised concerning whether victims participated in the proceedings on a voluntary basis, and the 'seriousness' of the content of the agreements reached, and mediation was refused in order to protect the

very interests of the victims. Although on other grounds, some legal practitioners see no point in mediation between family members in cases where, for example, the husband is the offender of a traffic accident causing grievous bodily harm to his wife sitting next to him, who is the victim for the purpose of the proceedings.

In proceedings involving juveniles, there are obstacles to the use of mediation other than aversion on legal practitioners' part. Legal practitioners are sceptical about what facing the victim and confrontation with the act could give to a juvenile, and how such a juvenile could benefit. For that reason, public prosecutors prefer other methods of diversion with juvenile offenders, as they do not think mediation would ensure reformation of a juvenile. This again is detrimental to the interests of the victim: previous research on the postponement of charges found that in the event of postponement, reparation to the victim was ordered in very few cases<sup>17</sup>.

All this shows that the frequency of orders is strongly influenced by legal practitioners' attitudes.

The practical experience is that with serious crimes punishable by up to five years, referral to mediation is extremely rare, i.e. legal practitioners recommend mediation primarily in cases that appear to be less serious and do not consider it a good means in more serious cases. However, in serious cases, according primarily to Belgian results, meeting could be highly beneficial to the parties concerned, and, to a great extent, helps the victim to assimilate what happened.

Finally, it is to be noted that the use of mediation is also influenced by other circumstances of the parties directly involved.

The most important among these is the attitude of those concerned: in today's difficult economic situation, it is more typical for victims to seek financial reparation, and the use of mediation is

<sup>17</sup> Barabás - Windt: op. cit. 2009.

mostly preferred in such cases. Forgiveness is more of an option where the suspect is a family member.

Additionally, victims are less familiar with mediation and often wish that the offenders were also punished, or change their minds during the process when they feel that the proceedings are becoming more difficult for them (e.g. with traffic cases). With certain types of crime, victims have preference for the traditional methods of proceedings over forgiveness, and consider the former to be 'serious punishment'. In this regard, it is a particular problem that offenders make promises easily in the course of negotiations, which subsequently they fail to deliver. In part, this is related to their inability to fulfil the agreement and their hopeless situation.

### *2.5. Conclusion - Directions of change*

Since the beginning of 2007, over 13,000 cases have been referred to mediation. According to an analysis by the Office of Justice, Ministry of Public Administration and Justice of the questionnaires completed by participants following the proceedings, participants are highly satisfied because

- participation in mediation is voluntary;
- the parties are actively involved in and shape the process;
- the victim can receive adequate reparation faster and more easily;
- the offender is confronted with the consequences of their act, may apologise and provides reparation in accordance with their own commitment;
- meeting the offender helps the victim to assimilate the trauma of the crime;
- the sense of fear is eliminated or reduced;
- the victim may learn about the reasons for committing the crime, which helps to prevent repeated victimisation;

- the offender may either avoid the continuation of proceedings and maintain a clean criminal record, or the sentence to be imposed may be reduced without restrictions;
- mediation takes three months on average, and the criminal procedure may be closed within approximately three months following mediation<sup>18</sup>.

Overall, a case may not be referred to mediation for a number of reasons. For instance, victims of juvenile offenders fare worse, as competent authorities tend to find mediation less appropriate in such cases, and not at all in certain counties. Consequently, victims will have limited access to the benefits of mediation such as reparation, faster proceedings and simpler procedure, mental reconciliation, reduced fear, etc. The victim may fare worse if they fall victim to a crime against property where legal practitioners prefer mediation with traffic offences, or fall victim to a traffic offence where legal practitioners prefer mediation with crimes against property. The victim's right to reconciliation will be prejudiced if they have not heard of the opportunity and they are not or not adequately informed of mediation by the competent authorities, or where those authorities fail to propose mediation when it would be suitable, and expect the parties concerned to take the initiative.

Therefore, in using mediation, efforts should be made to ensure that beyond the free decision of the parties, focus is on the examination of statutory requirements, and that the competent authorities accept the mediator's supervision of due process and of the enforcement of the parties' interests.

In the interest of promoting mediation and providing a wider range of opportunities to victims, the following goals and tasks are proposed based on the findings of our study:

<sup>18</sup> [kimisz.gov.hu](http://kimisz.gov.hu).

Information for a new approach: Our research clearly indicates that in addition to the personal attitudes of the competent public prosecutors, the attitudes of local leaders also greatly influence the degree of using mediation at the public prosecutor's office concerned. It is a fact that mediation is contrary to the role in which public prosecutors are traditionally seen, and the doubts expressed about it are understandable.

Mediation thus requires a completely different and new approach of public prosecutors, who, in their practice to date, have followed the principles of retributive justice rather than those of restorative justice. Adopting a new approach could greatly be facilitated by public prosecutors' personal attendance in mediation sessions, which would enable them to gain first-hand experience with the way mediation is actually conducted. Training could also be highly instrumental, enabling public prosecutors to become familiar with the actual benefits and goals of mediation, as well as experience in Hungary and abroad with shaping attitudes.

Successful use of mediation requires acceptance of the possibility of mediation by the parties directly affected, i.e. the offender and the victim. While professionals researching this field have been teaching, in various forms, the key aspects of mediation at universities and in continued professional education, very little has been done in the way of raising common citizens' awareness, and public opinion was not polled although it should have been known prior to legislation. Some research in Hungary over the past years have touched on the issues of public attitudes to mediation. These have shown that the public in general and citizens in the areas investigated do not refuse the idea of reconciliation, but feel a great degree of uncertainty<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Results confirmed the fact that victims' willingness for forgiveness and their acceptance of reparation as a 'substitute for punishment' are influenced

It would therefore be important to inform the general public of this legal institution: the fact that a vast majority of the cases so far have been referred to mediation *ex officio* suggests that neither victims nor defendants had sufficient information. Correct information to victims is also important because offenders, with the help of their attorneys, learn of this possibility much faster, and in the absence of adequate information, victims may be put at a disadvantage.

Finally, in connection with mediation, following the principle of victims' equality before the law, a solution is definitely needed to facilitate reparation by offenders who wish to repair the damage but are prevented from doing so by their circumstances. A possible solution would be the establishment of a so-called advance on damages fund. The fund would grant advances on the amount of compensation to offenders in difficult financial circumstances. If the agreement between the victim and the offender on financial reparation is approved by the competent authority, for example the public prosecutor or the judge, the fund would pay the amount concerned directly to the victim. The offender would enter into an agreement with the fund for the form, method, instalments, etc. of repaying the amount, or for working off the debt in some way.

This arrangement could prevent putting a victim at a disadvantage while negotiating with an insolvent offender whose family cannot support them in making a financial reparation. On the

by a great number of circumstances. Nevertheless, it is encouraging that only about a half of respondents refused a restorative solution in their own case. Without acceptance, as previously seen in other fields of civil law, mediation in criminal matters would only in principle and not in fact. See: Tünde Barabás: Opinions on punishment and the possibility of reconciliation. *Belügyi Szemle*, 2007/12., pp. 74–89; Erzsébet Tamási (ed.): *The possibilities of restorative justice in handling crime*. Budapesti Szociális Forrásközpont, 2006.

other hand, it would help to ease public prosecutors' doubts about reparation by juvenile offenders, i.e. that more affluent parents would "buy out" the juvenile's punishment, creating inequity for those in more modest circumstances. The fund would therefore resolve a situation of inequity and injustice for both offenders and victims.

These changes could contribute to a significant increase in the number of cases referred to mediation without changing the legislative environment. Not only would that clearly improve victims' situation, it would also contribute to reducing the burdens on the state relating to procedure and enforcement, which would clearly be in the interest of society.

## **Diritti processuali e dignità delle vittime: lo stato dell'arte in Ungheria**

*di Andrea Tünde Barabás*

Tra i partecipanti al processo penale, quello che occupa la posizione più scomoda è la vittima. È lei che, non adeguatamente informata, senza alcun reale e legale sostegno psicologico, spesso con i suoi fondamentali diritti ignorati, si imbatte nelle tele della procedura penale il più delle volte incomprensibile. Spesso non è neanche informata dell'esito del procedimento e il danno subito non è riparato né dall'autore, né da nessun altro.

La necessità di studiare le vittime di crimine è emersa negli interventi di politica penale e nel pensiero scientifico nella seconda metà del 20° secolo.

Dal momento in cui il ruolo delle vittime è stato riconosciuto, è stata dedicata particolare attenzione all'analisi delle cause e del processo di vittimizzazione, ma anche allo studio di fenomeni quali la latenza, la vittimizzazione secondaria o terziaria<sup>1</sup>, la possibilità di compensazione, il senso di sicurezza e la paura del crimine.

Tuttavia, non tutte le vittime sono note all'autorità giudiziaria, ma solo quelle che rientrano nelle procedure penali ufficialmente istituite. Ciò di fatto rende inadeguate le misure di prevenzione per la cui programmazione sarebbero necessarie maggiori informazioni, non solo riguardo le vittime dichiarate durante un procedimento legale, ma anche riguardo quelle a rischio e

\* Ph.D presso l'Istituto Nazionale di Criminologia, Budapest.

<sup>1</sup> Fattah, Ezzath A. (1991) *Understanding Criminal Victimization*. Prentice-Hall-Canada Inc.

sconosciute alle autorità. L'ONU ha sottolineato nella Dichiarazione di Vienna del 2000 che per la formulazione di un valido concetto di prevenzione del crimine non basta tener conto dei dati della polizia, ma anche del numero effettivo e delle caratteristiche delle vittime.

## 1. Vittimizzazione in Ungheria

Per saperne di più sulla vittimizzazione, dobbiamo partire dalle statistiche ufficiali, che sono costantemente aggiornate e racchiudono i dati relativi al lungo periodo.

### 1.1. Statistica e realtà

I dati ufficiali statistici più completi, relativi alle vittime di crimini, sono inclusi nelle pubblicazioni annuali. Queste mostrano le informazioni sulle vittime conosciute dei reati principali per un periodo di cinque anni. Secondo le statistiche ufficiali, sono riportati oltre 400.000 crimini (447.186 nel 2010), e oltre 200.000 (249.595 nel 2010) vittime per anno sono note, in base alle Statistiche Criminali Unificate della Polizia e del Pubblico Ministero<sup>2</sup>. La popolazione attuale ungherese è di circa 10 milioni di abitanti, il che significa che ogni anno un po' più del 2% della popolazione diventa vittima.

Secondo i dati ufficiali, la maggioranza (circa i due terzi) delle vittime sono maschi e solo una minoranza femmine, il che contraddice i risultati della ricerca (vedi sotto).

*(vedi grafici nel testo in inglese)*

<sup>2</sup> Egységes Nyomozóhatósági és Ügyészségi B nügyi Statisztika.

La maggioranza delle vittime sono adulti, una minoranza del 6-7% comprende bambini e ragazzi

La stragrande maggioranza dei casi riportati sono crimini contro la proprietà, seguiti dai reati contro la persona, i reati intrafamiliari, nei confronti dei minori, i reati sessuali e le infrazioni stradali.

Le statistiche sono utili ma riflettono la realtà in modo parziali. La ragione di ciò è che i dati delle vittime, che diventano parte delle statistiche, vengono registrati al termine delle indagini, e così i registri non contengono alcun elemento dell'iter successivo. Non è indicato nelle statistiche se, ad esempio, in seguito la corte stabilisce che nessun atto criminale si è verificato, il che significa che nel caso può anche non esservi una parte lesa, in senso giuridico, o se il giudice qualifica l'atto come qualcosa di diverso da quello rubricato.

Esse, inoltre, non contengono il numero delle vittime che hanno sofferto un crimine come persone giuridiche – sebbene vi siano persone fisiche anche dietro le entità legali, ma mostrano solo i dati relativi alle vittime dei cosiddetti reati ad alta priorità e non sono in grado di prendere in considerazione più di una vittima dello stesso atto criminale. Ciò significa che le statistiche non mostreranno tutte le possibili vittime o tutte le vittime registrate dalle autorità, fin dall'inizio. Oltre a questi problemi di tipo prevalentemente amministrativo, le statistiche ufficiali, inoltre, non rappresentano il numero di persone che, oltre alla vittima diretta, sono presenti durante l'atto criminale (ad esempio tutti gli altri membri della famiglia nel corso di un furto con scasso), e neanche il danno morale e il danno materiale subiti a causa di atti commessi contro il patrimonio. In virtù della loro natura sono incapaci di provare i danni che non possono essere effettivamente misurati al momento, causati dagli atti criminali nei casi concreti e che condizionano le esistenze di ulteriori vittime e il loro futuro. Infine, evi-

dentemente, non segnalano le persone ferite da atti criminali e che, per qualche ragione, non sono riuscite a segnalare i danni subiti – che restano in questo modo latenti – e le vittime degli stessi.

### *1.2. Opzioni per la misurazione della vittimizzazione e della latenza*

Sono state avviate inchieste di vasta portata per determinare il tasso di vittimizzazione e la latenza nella seconda metà del 20° secolo, prima negli Stati Uniti, poi, motivate dal successo, anche in Europa. Il fatto che una certa quantità di atti criminali non sia riportata alle autorità è stato, per la prima volta, stabilito scientificamente da queste ricerche. Da un lato si è scoperto che gli intervistati indicavano di aver subito molti più atti criminali di quanto avvenuto nel periodo considerato dalle statistiche ufficiali, dall'altro gli interrogati segnalavano anche atti criminali che non erano stati riportati precedentemente. Queste ricerche, inizialmente, non erano legali e soprattutto raccoglievano dati riguardanti gli atti criminali e non le vittime, ma poi sistematicamente hanno cominciato ad esaminare anche le questioni relative alla vittimizzazione. Le indagini sulle vittime per la misurazione della vittimizzazione a livello nazionale sono effettuate annualmente o più spesso a determinati intervalli. Tra le indagini sulle vittime che hanno raggiunto un livello internazionale dal 1990 vale la pena sottolineare i cosiddetti sondaggi ICVS delle Nazioni Unite (International Crime Victim Survey), che sono specificatamente mirati alla vittimizzazione<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Zvekic, Ugljesa (1998) *Criminal Victimization in Countries in Transition*. Rome: UNICRI.

### *1.3. Indagini sulle vittime ungheresi nel 21° secolo<sup>4</sup>*

Dopo la fine del millennio vi sono stati diversi studi su larga scala condotti dal National Institute of Criminology (OKRI) che si occupavano di problemi di vittimizzazione e questioni correlate (per esempio la latenza, la paura del crimine, il senso di insicurezza, la prevenzione della criminalità comune e situazionale). Ogni indagine era supportata da fondi pubblici. Fino ad allora non era stata condotta alcuna ricerca approfondita sulle vittime con finanziamenti statali, anche se la necessità di effettuare tali ricerche è dichiarata da una disposizione dello Statutory Instrument (Regolamento Esecutivo).

#### *1.3.1. Vittime e opinioni<sup>5</sup>*

Nel corso del 2002 e del 2003, l'Istituto Nazionale di Criminologia organizzò e determinò la prima indagine nazionale sulle vittime che con le sue 10.000 persone interrogate, può essere considerata unica per vastità e profondità.

Secondo i risultati della ricerca, nel 2002 e nella prima metà del 2003, complessivamente 2.007 adulti – il 20% degli intervistati – sono diventati vittime di un crimine in una o più occasioni. Rispetto alle statistiche ufficiali, la ricerca rivela una proporzione molto più grande (più di cinque volte). Va notato, tuttavia, che tali dati non possono essere confrontati direttamente, tenendo conto che la nostra indagine non ha lavorato soltanto con i dati dei procedimenti penali ed ha anche usato il termine

<sup>4</sup> Questo studio presenta i sondaggi sulle vittime organizzati dal National Institute of Criminology.

<sup>5</sup> La ricerca è stata condotta nel 2002 e nel 2003, con la partecipazione dei ricercatori dell' OKRI, supportati dal progetto Széchenyi, intitolato "Victims and Opinions on Crime". Number: NKFP-5/0100/2002.

vittimizzazione in senso colloquiale, il che potrebbe aver aumentato il numero delle risposte.

Rispetto alla latenza, la prima cosa chiara fu che il numero di atti criminali non emerso è stato davvero alto anche in Ungheria. Per quanto riguarda l'anno 2002, secondo le dichiarazioni, solo 739 reati su 2276 (ca. 32%) sono stati riportati.

Per quanto concerne la latenza, la nostra ipotesi è che le persone non segnalino i casi di piccola criminalità in quanto lo svantaggio che deriva dalla segnalazione supera significativamente i vantaggi delle procedure di polizia. D'altra parte, nei casi in cui la segnalazione è seguita da un evento (ad esempio il pagamento da parte della compagnia di assicurazione in caso di furti d'auto), il tasso di segnalazione è piuttosto elevato. Abbiamo anche chiesto perché le vittime non abbiano denunciato l'atto criminoso. Le risposte più frequenti, in questo caso, sono state la *sfiducia* e il *malcontento* per la polizia (43%), seguiti da motivazioni quali "piccola offesa" o "nessuna offesa" (28%).

### 1.3.2. "Crime Prevention Carousel" (CPC) AGIS Project<sup>6</sup>

Lo scopo del programma (tra il 2005 e il 2007) era quello di analizzare i problemi della vittimizzazione e del crimine dell'area urbanizzata, le possibilità di prevenzione e la paura del reato. I membri dell'équipe internazionale (esperti inglesi, olandesi, tedeschi, polacchi e ungheresi) hanno prestato particolare attenzione alle indagini sul reato e sugli effetti della prevenzione della vittimizzazione nei progetti sulla sicurezza della città, che miravano al rinnovamento dell'area urbana.

<sup>6</sup> Crime Prevention Carousel (CPC) – AGIS Project (Project JAI/2004/AGIS/164). <http://www.iuscrim.mpg.de> [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/funding/](http://europa.eu.int/comm/justice_home/funding/)

Abbiamo visitato complessivamente 1500 residenti in quelle stesse aree durante la ricerca. Nel corso dell'indagine 342 delle 1500 persone hanno risposto affermativamente alla domanda se fossero state vittime di un crimine nei tre anni precedenti l'interrogatorio. Degli intervistati il 12% ha affermato di essere stato vittima una volta, mentre più del 25% per due volte. Gli abitanti avevano soprattutto paura nei luoghi deserti e bui (ad esempio le metropolitane, i pub e la zona intorno al mercato) nel complesso residenziale<sup>7</sup>.

Proprio come nella precedente indagine si è scoperto che, tra le vittime, le donne erano rappresentate in una proporzione maggiore rispetto alle statistiche ufficiali. Precisamente, più donne denunciavano il danno alla proprietà di grande valore come il furto d'auto o lo scasso, mentre più uomini riportavano, per esempio, i furti di biciclette e le effrazioni d' auto.

I fatti sono stati segnalati alla polizia da circa il 50% degli uomini e dal 71% delle donne. Questo potrebbe essere correlato al fatto che i primi hanno segnalato un danno maggiore, probabilmente coperto da una compagnia di assicurazione. Non vi sono state differenze di genere e di fasce d'età per quanto riguarda le risposte quali la fiducia, una brutta esperienza e altre motivazioni.

È emerso anche chiaramente dalle risposte che il senso di sicurezza delle donne diminuisce molto di più dopo il reato. Così, mentre oltre il 50% delle donne si sentivano in pericolo dopo il crimine, solo il 30% degli uomini ha avuto la stessa sensazione. Uno dei risultati più importanti dell'indagine è stato che il 42% delle vittime non ha segnalato il caso alla polizia, dato non sorprendente se consideriamo le osservazioni precedenti. Il motivo

<sup>7</sup> Barabás A. Tünde and Windt Szandra (2007) Levels of Victimization. In: T. Lukas (ed.): Crime Prevention in High-Rise Housing. Berlin: Hg: Duncker and Humblot, 63-85 Fattah, Ezzatth A. (1991) Understanding Criminal Victimization. Prentice-Hall-Canada Inc.

dichiarato più frequentemente (in oltre la metà delle risposte) è stata la mancanza di fiducia nella possibilità di cattura dell'autore del reato. Inoltre, molti parlavano della brutta esperienza che avevano avuto durante processi precedenti, o affermavano di non avere tempo per occuparsi del caso, o minimizzavano il danno. Il 4% di coloro che non hanno segnalato il caso l'ha risolto autonomamente, attraverso una sorta di risoluzione "domestica" del conflitto. Solo il 10% di queste persone (197) sapeva che l'autore era stato poi arrestato, e solo 12 persone hanno dichiarato di essere a conoscenza del successivo corso della procedura (5 hanno riferito che l'autore era stato ritenuto colpevole). Questa esperienza, ovviamente, non aumenta tra le vittime la disponibilità a segnalare il caso.

### *1.3.3. Riconciliazione della vittima - Responsabilità dell'offensore*<sup>8</sup>

Nell'ambito della ricerca intitolata "Il parere degli abitanti di Budapest sulla criminalità e la giustizia riparativa"<sup>9</sup>, nel 2009 abbiamo condotto un'indagine su un campione di 500 adulti di Budapest, composta da domande riguardanti il crimine, la punizione, la vittimizzazione e la giustizia riparativa. Si è scoperto nel corso dell'indagine – rappresentativa del genere e della fascia d'età – che la maggioranza dei risultati della ricerca precedente sono stati confermati anche da questa indagine, su un campione relativamente piccolo.

<sup>8</sup> La ricerca dell'autore è supportata dalla borsa di studio János Bolyai dell'Hungarian Academy of Sciences.

<sup>9</sup> La ricerca residenziale intitolata "L'opinione dei residenti di Budapest sul crimine e sulla giustizia riparativa" è stata condotta all'interno del quadro di ricerca internazionale "Mediazione e pratica riparativa negli ambienti carcerari", con il sostegno finanziario dell'European Commission's Criminal Justice Programme (JLS/2008/JPEN015-30-CE-0245615/00-52).

Per quanto riguarda la vittimizzazione, i risultati delle indagini precedenti sono stati confermati. Contrariamente al tasso di vittimizzazione del 2% indicato nelle statistiche ufficiali, circa un quinto (20%) degli intervistati nel sondaggio ha dichiarato di aver subito un atto criminale nel corso dell'anno precedente l'interrogatorio. Complessivamente 50 intervistati hanno citato più di un crimine. I 152 intervistati che sono diventati vittime hanno subito un totale di 259 atti criminali nell'anno precedente all'intervista; 99 persone sono state oggetto di un solo atto; il dato mostra una vittimizzazione dieci volte maggiore del tasso ufficiale. Solo il 37% degli intervistati ha riferito che non era mai stato parte lesa prima di allora.

Per quanto riguarda gli atti criminali subiti nel 2008, sono stati segnalati solo poco più della metà dei casi (52%). Gli intervistati preferivano non denunciare i casi qualificati come furto, rapina, danni a proprietà, lesioni personali, atti vandalici o violenza domestica, mentre nel caso di molestie, irruzione in una macchina, furto d'auto, furto con scasso o abuso di dati sono andati alla polizia per denunciare il crimine vista la copertura assicurativa. Questo risultato ha confermato le osservazioni che la latenza varia a seconda della tipologia dell'atto criminale. Così, in casi di minore importanza, dove la segnalazione significherebbe soltanto un ulteriore carico per la vittima, o nei casi in cui la vittima è indifesa, ha paura del colpevole o si vergogna o incolpa se stessa (per esempio nei casi di violenza domestica o violenza sessuale), la latenza è rilevante. D'altra parte, la poca volontà di denunciare i reati non ha mostrato alcuna relazione con il sesso e l'età degli intervistati.

#### *1.4. Il ruolo della vittima nel procedimento penale e il sistema ungherese di protezione delle vittime*

Nel sistema ungherese istituzionale di procedura penale, le

prospettive delle vittime non sono messe in rilievo. Nella procedura penale le vittime sono viste come un male necessario e giocano il ruolo di testimoni. In un procedimento giudiziario incentrato sui trasgressori la difesa degli interessi delle vittime ha poco peso. Alle vittime non viene domandato nulla sui loro bisogni e sentimenti e su come pensano che i colpevoli dovrebbero essere puniti. Le vittime non sono più necessarie dopo la prima istanza, e quindi spesso non sono nemmeno informate riguardo alla condanna o all'eventuale punizione dei colpevoli.

In Ungheria già a partire dal 1990 si è lavorato per riformare il ruolo della vittima nel procedimento penale. La riforma era sostenuta dalla pressione dei cambiamenti sostanziali della criminalità in relazione con il cambio di regime: il rapido aumento delle attività criminali e il mutamento nella loro struttura, insieme con l'aumento della recidiva e della criminalità non rilevata. Nello stesso tempo le convenzioni internazionali sui diritti delle vittime richiedevano cambiamenti nelle normative e nelle prassi<sup>10</sup>.

Alla fine del 1990 è stata istituito un sistema di istituzioni nazionali per fornire informazioni e sostegno alle vittime. La Victim Support Services (Servizi di Supporto alle Vittime) fu creata come parte del dipartimento di Giustizia all'interno del Ministero della Giustizia, e più tardi, nel 2007, un reparto di mediazione è stato anche integrato nel Ministero. Per quanto riguarda la protezione delle vittime, in conformità con i documenti internazionali, l'enfasi è stata spostata verso *l'informazione* (ossia fornire informazioni sul rilascio del reo e in materia di compensazione, sanità e questioni sociali) e il risarcimento dello

<sup>10</sup> Fellegi, B.-Szeg, D.: Talks behind the walls. In: Responsibility-talking, Relationship-building and Restoration in Prisons, 2011. Budapest, Manoscritta

Stato<sup>11</sup>. La Legge<sup>12</sup> è in vigore dal 2005 e prevede che il lavoro dei Victim Support Departments (Dipartimenti di Supporto alle Vittime) che operano in ogni sede della contea fornisca sostegno nelle seguenti aree: *informazione generale, servizi di tutela degli interessi delle vittime, immediato aiuto monetario, assistenza legale e stato di compensazione*.

Ai sensi della risoluzione governativa del 1999 una rete nazionale di professionisti per la protezione delle vittime è stata istituita all'interno della polizia. Essi sono responsabili dei rapporti con le unità di polizia che svolgono le indagini, le inchieste e altre attività per le vittime che fanno riferimento ai Victim Support Services (Servizi di Supporto alle Vittime).

Gli studi associati mostrano che la maggior parte delle vittime non sanno dell'esistenza dei servizi di assistenza, delle opzioni disponibili e delle forme di promozione degli interessi. Alla luce dei risultati di un sondaggio rappresentativo del 2007, il 30% della popolazione in Ungheria è consapevole dell'esistenza di servizi di assistenza alle vittime, e circa il 5% delle vittime di reati ha usato qualche servizio dei Victim Support Services (statistica ufficiale del 2007). È estremamente raro che una vittima riceva una compensazione finanziaria.

Forme di assistenza psicologica e altre forme non economiche di supporto non sono state riconosciute tra i compiti istituzionali assunti dallo Stato. Tali compiti sono svolti dalle ONG e coprono un'area molto più piccola e generalmente incentrata su gruppi di vittime speciali (ad esempio, la White Ring Public Benefit Association [Associazione di Sussidio Pubblico Anello Bianco], o la Fondazione Eszter che fornisce il supporto per le vittime di

<sup>11</sup> Risoluzione Governativa No. 1074/1999 sugli adempimenti legislativi e altre misure da prendere nell'interesse della protezione delle vittime e dei loro familiari e sulla compensazione e la riparazione del danno.

<sup>12</sup> Act CXXXV of 2005.

reato sessuale). Il riconoscimento della necessità di protezione della vittima e gli sforzi per consolidare i diritti delle vittime hanno intensificato la necessità di consentire loro una partecipazione più attiva nella procedura e nelle scelte relative ai propri bisogni. Uno dei modi più importanti per farlo era quello di permettere l'introduzione di metodi riparativi introducendo, nel 2006, la mediazione.

## **2. Le possibilità di mediazione in Ungheria**

Il codice penale ungherese (CC) prevede due procedure di politica criminale: la prima riguarda i reati più gravi e stabilisce pene severe per tali crimini. Tutte le altre forme di crimine rientrano nella seconda procedura, incluse le attività criminali molto diffuse e quelle di minore o media gravità. Tra le sanzioni contro le attività criminali, comprese nella seconda procedura sono disponibili un certo numero di mezzi desunti dalle forme gravi che implicano la privazione della libertà attraverso sanzioni comunitarie alternative alla mediazione tra colpevoli e vittime.

In Ungheria il ricorso alla mediazione in materia penale è stato dibattuto per oltre un decennio. Il punto focale, anche tra i professionisti, riguardava l'eventualità di far operare la mediazione all'interno o al di fuori della procedura penale<sup>13</sup>. Il risultato di quei dibattiti sono stati recepiti dalla legge LI del 2006, adottata nel

<sup>13</sup> Un argomento da parte di coloro che si oppongono alla mediazione è che è estranea alla funzione e allo scopo del diritto penale e alla prassi legale, per la mentalità della popolazione ungherese e degli avvocati, o anche per le soluzioni applicate dalle istituzioni giuridiche ungheresi. Se lo scopo della punizione è imporre la retribuzione in proporzione agli atti commessi, "l'esenzione" da altre sanzioni, offerta dalla riconciliazione, non può in nessun modo essere incorporata nella pratica penale. L'idea di un approccio riparativo sollecita dubbi sul fatto che la vittima o lo stato abbia il diritto di rinunciare alla procedura in caso di riparazione.

febbraio 2006, praticamente nelle ultime ore, poiché l'Ungheria era tenuta, in seguito alla sua adesione all'UE, ad introdurre la mediazione nei procedimenti penali ai sensi dell'articolo 10 della decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001. Quest'ultima fissava un termine per il rispetto di tale requisito entro il 22 marzo 2006. I cambiamenti necessari all'introduzione della mediazione sono stati regolati dalla legge LI del 2006 che ha modificato diverse disposizioni sulla procedura (ACP) e sul codice penale (CC), permettendo, a partire dal gennaio 2007, la riconciliazione tra il reo e la vittima di un crimine come parte del procedimento penale.

Ai sensi della legge, la mediazione è prevista soprattutto prima della fase giudiziale, prima che venga intentata la causa e può essere avviata da parte del pubblico ministero, dalle parti interessate, nonché dai loro rappresentanti, e, laddove i requisiti di legge siano soddisfatti e sia la vittima che l'indiziato siano d'accordo, il pubblico ministero può sospendere la procedura per un massimo di 6 mesi per poter consentire lo svolgimento della mediazione.

Un processo di mediazione può essere avviato anche nelle fasi successive del procedimento.

Tuttavia la mediazione è soggetta a limitazioni di legge: nell'ambito dei regolamenti la mediazione è prevista nel caso di reati contro la persona (CC capitolo XII, titoli I e III), i reati di circolazione (capitolo XIII), i reati contro il patrimonio (capitolo XVIII) punibili fino a cinque anni di reclusione, a condizione che i procedimenti siano sospesi dal pubblico ministero e le parti si riferiscano a un mediatore. Questo richiede la possibilità ai sensi dell'articolo 36 del CC (pentimento sincero) di chiudere la procedura o, per quanto concerne la pena, di una riduzione senza limitazioni. Rispetto agli adulti, in caso di mediazione riuscita, se il trasgressore non è più punibile, il pubblico ministero chiude il procedimento. Nel caso di un atto punibile fino a tre anni le

imputazioni sono rinviate per un periodo che va da uno a due anni. Con i giovani la gamma delle punizioni è limitata a cinque anni. Inoltre, la legge prevede anche delle cause di esclusione: per esempio la mediazione non è fattibile nel caso di trasgressore recidivo che ha commesso crimini simili già per la seconda o terza volta, qualora l'autore sia membro di un'organizzazione criminale, o se il crimine ha causato la morte.

Un altro atto importante in materia di mediazione è la legge CXXIII del 2006 sulla mediazione penale (ACM), che regola le attività e i compiti dei mediatori e le specifiche questioni connesse.

Lo scopo della mediazione è essenzialmente bidirezionale. Da un lato essa mira ad influenzare il trasgressore facilitando il pentimento onesto e quindi l'astensione futura da azioni simili attraverso l'incontro e il dialogo con la vittima e le riparazioni nei suoi confronti. Allo stesso modo nella procedura penale ungherese sono importanti l'intenzione della vittima, la volontà di partecipare alla mediazione, il desiderio ed eventualmente le modalità di incontro del reo per ascoltarlo e per negoziare le possibili modalità di riparazione.

I cambiamenti più recenti in materia di mediazione sono stati introdotti dalla legge LXXX del 2009, che modifica il CC e l'ACP. Gli emendamenti relativi al pentimento sincero chiariscono la questione emersa precedentemente nelle pratiche relative alle decisioni in merito all'adeguatezza della compensazione da offrire nel corso della mediazione (requisito di proporzionalità del pubblico ministero). Precisamente l'analisi della pratica dei primi anni indica chiaramente che, quando i pubblici ministeri applicano la mediazione più frequentemente, il contenuto della riconciliazione, ossia l'adeguatezza della riparazione, appare spesso essere contestata in quanto non sempre rispecchia il danno effettivamente causato. Una soluzione univoca è offerta dalla recente normativa secondo cui la decisione sull'adeguatezza del grado di riparazione dovrebbe spettare alle vittime, sia nei

procedimenti che coinvolgono i giovani che in quelli che coinvolgono gli adulti.

### 2.1. Procedura<sup>14</sup>

*Ammissibilità della mediazione:* se i requisiti di legge sono soddisfatti, la mediazione può essere avviata volontariamente dal trasgressore, dal suo difensore, dalla vittima o dal suo avvocato. La decisione circa il rinvio di un caso alla mediazione spetta sempre al pubblico ministero o al giudice.

*Il processo di mediazione:* in seguito alla ricezione del caso, il mediatore contatta le parti per telefono o per posta, le informa dello scopo della mediazione, della procedura, del luogo, della data e dell'ora.

La vittima e il reo partecipano alla mediazione nello stesso momento. Ove lo ritengano necessario, ciascuna parte può essere accompagnata nel corso della sessione da due aiutanti (parenti o amici).

Con l'aiuto del mediatore la mediazione offre alle parti l'opportunità di spiegare quale effetto il reato ha determinato su di loro, i trasgressori hanno la possibilità di dichiarare la propria responsabilità per l'atto criminale e possono anche chiedere scusa. Inoltre, le parti possono concordare la riparazione per i danni causati dal crimine.

L'accordo è impostato per iscritto dal mediatore, è firmato da tutti i presenti ed è trasmesso al procuratore o al giudice competente. Qualunque cosa si dica durante la mediazione, tranne ciò che è scritto nel contratto, è soggetta a regole di riservatezza. Il mediatore verifica l'esecuzione delle disposizioni di accordo e relaziona al pubblico ministero o al giudice.

<sup>14</sup> vedi <http://www.kih.gov.hu/>

Se l'accordo viene soddisfatto il procedimento penale, a seconda della gravità del crimine, viene chiuso o il giudice può ridurre la pena, senza restrizioni, ossia può emettere sentenza di riduzione. È importante sottolineare che queste conseguenze sono possibili solo se un accordo è stato raggiunto nel corso della mediazione.

In mancanza di accordo la procedura penale continua il suo corso ordinario.

*Mediatori:* secondo la legge la mediazione fra le parti è effettuata da un mediatore professionista, che interpreta il ruolo chiave per il successo della mediazione, oltre al pubblico ministero. Dal 1° gennaio 2007 l'ufficiale giudiziario del Ministero di Giustizia, riqualificato per questo scopo, è stato autorizzato a mediare in materia penale. A partire dal 2008, in contrasto con gli approcci precedenti, gli avvocati possono anche agire come mediatori ai sensi dell'articolo 3 della legge sui mediatori, e sono soggetti alle stesse procedure degli ufficiali giudiziari.

## 2.2. I casi e le vittime

Sulla base delle statistiche ufficiali la mediazione ha interessato oltre l' 1% di tutte le vittime nel primo anno della sua introduzione. Nel corso degli anni questo rapporto ha raggiunto l'1,5%.

Nel 2010, quarto anno nella storia ungherese di tale istituto giuridico, un totale di 3.276 casi sono stati risolti per mezzo della mediazione, con un aumento del 12% nel numero di casi rispetto all'anno precedente.

Tuttavia, come negli anni precedenti, il numero dei casi continuano a variare per ogni contea.

La tabella seguente mostra il numero di casi di mediazione per ogni regione:

*(vedi originale)*

La distribuzione dei reati nei casi inviati alla mediazione sembra essere costante. Quasi la metà di tutti i casi sono crimini contro la proprietà (per lo più furti, frode e appropriazione indebita), un terzo sono infrazioni stradali (soprattutto quelle che hanno provocato incidenti stradali per negligenza), e un quinto sono crimini contro la persona (in primo luogo aggressioni e molestie).

### *2.3. Casi chiusi e il successo*

Nel 2010 2.634 casi sono stati chiusi con successo per pentimento sincero, che corrisponde all'80,4% del numero totale di casi inviati alla mediazione (3275).

Nella tabella che segue i casi chiusi nel 2010, sono indicati per tipologia di chiusura:

*(vedi originale)*

Il numero di accordi non dovrebbe essere considerato l'unica misura di successo della mediazione. Lo scopo principale del processo di mediazione è permettere ai partecipanti di comprendere l'altro e quello che l'atto ha causato, in relazione ai propri sentimenti, e assimilare l'impatto emotivo dell'atto. Questo implica che il colpevole si assuma la responsabilità. Una volta che tali requisiti sono soddisfatti la questione della riparazione può essere risolta e un accordo può essere elaborato. I casi possono anche essere considerati di successo qualora le parti siano arrivate alla gestione del conflitto, al chiarimento delle responsabilità e al perdono, anche se un accordo non è raggiunto per qualche motivo (specialmente a causa di una pretesa concreta della vittima, che il convenuto non può soddisfare). Da un prospettiva amministrativa,

tuttavia, questi casi chiusi senza un accordo non sono considerati di successo, nonostante alcuni obiettivi della mediazione siano stati soddisfatti<sup>15</sup>.

Analogamente all'esperienza internazionale, oltre il 90% degli accordi di successo sono stati soddisfatti. L'alto tasso di realizzazione degli accordi indica che la stragrande maggioranza dei contratti rappresenta effettivamente un reale e naturale impegno da parte degli imputati nei confronti delle vittime.

La mediazione sembra essere un mezzo raro ma efficace nei casi che coinvolgono i giovani, dove i tassi di successo sono ancora più elevati. Dei 357 casi chiusi, in 314 casi è stato raggiunto un accordo (88%), il 94,6% dei quali sono stati soddisfatti, mentre le imputazioni sono state rinviate in 4 casi.

Va notato, tuttavia, che *i minori rappresentano un target relativamente basso, l'11% di tutti gli imputati che si sono affidati alla mediazione*. In molti Paesi, la mediazione è considerata un metodo molto efficace soprattutto nei casi di minorenni; eppure i giuristi in Ungheria non sembrano esprimere una preferenza per la mediazione nei procedimenti minorili rispetto a quelli degli adulti. Ciò può essere spiegato con la riluttanza delle autorità giudiziarie (soprattutto i pubblici ministeri) a rinunciare all'intervento riabilitativo che non è previsto dal percorso mediativo.

#### 2.4. *Questioni e compiti che derivano dalla pratica*

Dal 1° gennaio 2007 la mediazione ha avuto un ruolo considerevole nella storia della giustizia ungherese. Nonostante la precedente avversione la mediazione come metodo riparativo funziona bene in Ungheria, con oltre 3.000 casi chiusi con successo ogni anno.

Allo stesso tempo, la distribuzione disomogenea dei casi in tutto

<sup>15</sup> Basato sul Report 2009 del Central Office of Justice

il Paese suggerisce che, dal punto di vista della prospettiva della vittima, il luogo in cui viene applicata fa la differenza. Nel 2010, per esempio, le vittime sono state più fortunate a Budapest, nel senso che i loro casi hanno avuto una buona possibilità di essere portate in mediazione. Al contrario, non vi era praticamente alcuna possibilità di fare riferimento alla mediazione in alcune contee del Paese.

Nel 2008-2009, l'Istituto Nazionale di Criminologia ha condotto gruppi di discussione con i pubblici ministeri per analizzare le cause di questa avversione<sup>16</sup>.

Le interviste hanno identificato i problemi che hanno contribuito alle differenti prassi diverse nelle contee. È diventato anche chiaro che in pratica ogni problema che impedisce la mediazione nelle diverse zone dell'Ungheria.

Il successo nell'applicazione della mediazione dipende principalmente dalle autorità competenti. Per esempio, se il pubblico ministero, il cui ruolo è estremamente importante nel prendere le misure necessarie per la mediazione (avendo le possibilità di proporre e avviare la mediazione e di fornire informazioni), non è in accordo con l'istituzione o gli obiettivi di mediazione o ha dei dubbi su di essa, non la promuoverà, e quindi la mediazione non "funzionerà" nella zona interessata. I dubbi dei pubblici ministeri riguardano essenzialmente ciò che in concreto è da considerare una riparazione adeguata ai reati commessi. *Esiste un ampio disaccordo, per esempio, rispetto alla possibilità che le scuse possano essere sufficienti in caso di aggressione o di gravi danni alla proprietà. Ciò può irragionevolmente limitare le opportunità delle vittime a ricorrere alla mediazione.*

*Sebbene l'esame dell'adeguatezza del grado di riparazione non sia più chiaramente una competenza del pubblico ministero ai*

<sup>16</sup> Barabás, T.-Windt, Sz: Il ruolo dell'avvocato nel procedimento della mediazione in: *Kriminológiai Tanulmányok Criminological Studies*, 46. OKRI, Budapest 2009, pp. 132-168

sensi dell'emendamento del CC del 2009, i pubblici ministeri non hanno mutato opinione nei confronti della mediazione. In base al regolamento, a prescindere dall'opinione del procuratore, il parere della vittima prevarrà nel corso dell'accordo, sollevando il procuratore competente dal dovere di esaminarne l'adeguatezza.

Inoltre, le opinioni differiscono nelle contee in merito alla valutazione dei casi in cui la mediazione sia una soluzione adeguata. Per esempio, in un certo numero di casi di violenza domestica sono state sollevate questioni circa la possibilità di partecipazione delle vittime al procedimento su base volontaria, e la serietà del contenuto degli accordi raggiunti, e la mediazione è stata rifiutata per proteggere i reali interessi delle vittime. Anche se, per altri motivi, alcuni giuristi considerano inutile la mediazione tra i membri della famiglia nei casi in cui, ad esempio, il marito è colpevole di un incidente stradale che ha causato gravi danni fisici alla moglie seduta accanto a lui che, ai sensi del procedimento, è la vittima.

Nei procedimenti che coinvolgono i minori, a parte l'avversione da parte degli operatori della giustizia, vi sono ostacoli all'utilizzo della mediazione. I giuristi sono scettici sugli effettivi benefici derivanti ad un giovane dal confronto con la vittima. Per questo motivo i pubblici ministeri con i minori preferiscono altri metodi alternativi, poiché non pensano che la mediazione garantirebbe una loro riabilitazione. Ciò è ancora una volta dannoso per gli interessi della vittima: la ricerca precedente sul rinvio delle imputazioni ha rilevato che in caso di posticipazione, la riparazione per la vittima è stata ordinata in pochissimi casi<sup>17</sup>.

Tutto ciò dimostra che la frequenza delle disposizioni per l'attivazione della mediazione è fortemente influenzata dalla atteggiamenti degli operatori di giustizia.

<sup>17</sup> Barabás - Windt: *op. cit.* 2009.

L'esperienza pratica è che con reati gravi punibili con un massimo di cinque anni, il rinvio alla mediazione è estremamente raro, ossia gli esperti di diritto sostengono la mediazione soprattutto nei casi apparentemente meno gravi e non la considerano un valido strumento nei casi più gravi. Tuttavia, in quelli più difficili, soprattutto in base ai risultati del Belgio, l'incontro potrebbe essere molto vantaggioso per le parti interessate e, nella maggior parte dei casi, aiuterebbe la vittima ad elaborare l'esperienza traumatica.

Infine, è da notare che il ricorso alla mediazione è anche influenzato da altri fattori riguardanti le parti direttamente coinvolte.

Il più importante tra questi è l'atteggiamento degli interessati: nella difficile situazione economica di oggi è più comune tra le vittime chiedere un risarcimento finanziario; il perdono è più di una opzione quando l'indagato è un membro della famiglia.

Inoltre, le vittime spesso desiderano che i colpevoli siano puniti, o cambiano idea durante il processo quando sentono che i procedimenti diventano sempre più complessi per loro (per esempio nel caso di incidenti). Rispetto ad alcuni tipi di reati le vittime optano per i metodi tradizionali di procedimento che vanno oltre il perdono. A questo proposito un problema particolare è la tendenza dei delinquenti a fare, nel corso dei negoziati, facili promesse che non sono mantenute. In parte questo è legato alla loro incapacità di soddisfare l'accordo e alla loro situazione senza speranza.

## *2.5. Conclusione. Indicazioni di cambiamento*

Dall'inizio del 2007 oltre 13.000 casi sono stati assegnati alla mediazione. Secondo un'analisi del Dipartimento di Giustizia, del Ministero della Pubblica Amministrazione e della Giustizia (attraverso dei questionari compilati dai partecipanti a seguito del

procedimento) vi è un alto tasso di soddisfazione per le seguenti ragioni:

- la partecipazione alla mediazione è volontaria;
- le parti sono attivamente coinvolte nella struttura e nel processo;
- la vittima può ricevere una riparazione adeguata più velocemente e facilmente;
- il colpevole si trova ad affrontare le conseguenze del suo atto, può chiedere scusa e offrire risarcimento in conformità al proprie possibilità;
- l'incontro con il trasgressore aiuta la vittima ad assimilare il trauma del crimine;
- il senso della paura è eliminato o ridotto;
- la vittima può conoscere i motivi per cui è stato commesso il reato, il che aiuta a prevenire la vittimizzazione ripetuta;
- il trasgressore può evitare la prosecuzione del procedimento e mantenere una fedina penale pulita; o la pena da infliggere può essere ridotta senza restrizioni;

la mediazione dura in media tre mesi, e la procedura penale può essere chiusa entro tre mesi circa dalla chiusura della mediazione<sup>18</sup>.

Nel complesso, un caso non può essere inviato alla mediazione per una serie di ragioni. Per esempio, nel caso di criminali giovani, le autorità competenti tendono a trovare la mediazione meno appropriata in generale, e per niente in alcune contee. Di conseguenza, le vittime hanno un accesso limitato ai benefici della mediazione, quali la riparazione, un procedimento più veloce e

<sup>18</sup> [kimisz.gov.hu](http://kimisz.gov.hu).

una procedura più semplice, la riconciliazione, la riduzione della paura, e così via. Va anche peggio se sono vittime di un reato contro la proprietà giacché i giuristi preferiscono la mediazione per reati derivanti da sinistri stradali. Il diritto alla riconciliazione sarà impedito alla vittima se non è messa a conoscenza delle opportunità offerte dalla mediazione dalle autorità competenti, oppure, quando le autorità non propongono la mediazione e si aspettano che le parti interessate prendano l'iniziativa.

*Pertanto, sarebbe opportuno incrementare gli sforzi tesi ad assicurare dovrebbero che, al di là della libera decisione delle parti, l'attenzione sia rivolta all'esame dei requisiti di legge, a supporto della mediazione e che le autorità competenti accettino la supervisione del mediatore per un giusto processo a tutela degli interessi delle parti.*

Nell'interesse di promuovere la mediazione e di fornire una gamma più ampia di opportunità per le vittime, i seguenti obiettivi e attività vengono proposti sulla base dei risultati del nostro studio:

*Informazioni relative a un nuovo approccio:* la nostra ricerca indica chiaramente che oltre agli atteggiamenti personali dei procuratori pubblici competenti, l'atteggiamento dei dirigenti locali ha anche una notevole influenza sul grado di utilizzo della mediazione presso l'ufficio del pubblico ministero. È un fatto che la mediazione è in contrasto con il ruolo tradizionale dei pubblici ministeri, sicché i dubbi espressi in proposito sono comprensibili.

La mediazione richiede quindi un approccio completamente diverso e nuovo dei pubblici ministeri, che, nella loro pratica fino ad oggi, hanno seguito i principi della giustizia retributiva, piuttosto che quelli della giustizia riparativa. L'adozione di un nuovo approccio potrebbe essere enormemente facilitata dalla personale presenza dei procuratori nelle sessioni di mediazione, il che consentirebbe loro di acquisire esperienze di prima mano con il modo in cui la mediazione è effettivamente condotta. La formazione potrebbe essere anche molto funzionale, consentendo

ai pubblici ministeri di acquisire familiarità con i benefici effettivi e con gli obiettivi della mediazione.

Il successo nell'uso della mediazione richiede l'accettazione della possibilità di mediazione tra le parti direttamente interessate, vale a dire il colpevole e la vittima. Mentre i professionisti di questo settore stanno insegnando, in varie forme, gli aspetti chiave della mediazione nelle università e nell'ambito della formazione professionale continua, molto poco è stato fatto nel modo di sensibilizzare la consapevolezza dei cittadini comuni, e l'opinione pubblica non è stata interpellata anche se avrebbe dovuto ricevere informazioni prima dell'entrata in vigore della normativa. Alcune ricerche in Ungheria negli ultimi anni hanno mostrato che l'opinione pubblica in generale e i cittadini nelle aree oggetto dell'inchiesta non rifiutano l'idea di riconciliazione, ma sentono un alto grado di incertezza<sup>19</sup>.

Sarebbe quindi importante informare l'opinione pubblica di questo nuovo istituto: il fatto che una stragrande maggioranza dei casi finora sono stati inviati alla mediazione *d'ufficio* suggerisce che né le vittime né gli imputati avevano informazioni sufficienti. Una corretta informazione nei confronti delle vittime è importante anche perché i trasgressori, con l'aiuto dei loro avvocati, sanno di questa possibilità molto più velocemente, e in assenza di adeguate

<sup>19</sup> I risultati hanno confermato il fatto che la volontà di perdono e la loro accettazione di riparazione in qualità di "sostituto della punizione" sono influenzate da un gran numero di circostanze. Tuttavia, è incoraggiante il fatto che solo circa la metà degli intervistati ha rifiutato una soluzione di restauro nel loro caso. Senza accettazione, come già visto in altri campi del diritto civile, la mediazione in materia penale esisterebbe solo in linea di principio e non di fatto. Vedi: Tünde Barabás: Opinioni sulla punizione e la possibilità di riconciliazione. *Belügyi Szemle*, 2007/12., pp. 74–89; Erzsébet Tamási (ed.): *Le possibilità della giustizia riparativa nella gestione del reato*. Budapesti Szociális Forrásközpont, 2006.

informazioni, le vittime possono essere messe in condizioni di svantaggio.

Infine, secondo il principio dell'uguaglianza delle vittime di fronte alla legge, sarebbe assolutamente necessario facilitare la riparazione dei criminali che vogliono riparare i danni, ma sono contrastati dalle circostanze. Una possibile soluzione sarebbe la creazione di un *cosiddetto anticipo sul fondo di risarcimento del danno*. Il fondo concederebbe anticipi sull'importo della somma di compensazione per i trasgressori in difficile situazione finanziaria. Se l'accordo tra la vittima e il colpevole in materia di risarcimento finanziario è approvato dall'autorità competente, per esempio, il pubblico ministero o il giudice, il fondo dovrebbe pagare l'importo in questione direttamente alla vittima. Il reo entrerebbe in un accordo con il fondo per stabilire la forma, il metodo, le rate e così via del rimborso dell'importo, o per la estinzione del debito in qualche modo.

Questa disposizione potrebbe evitare di mettere una vittima in condizioni di svantaggio, mentre negozia con un reo insolvente la cui famiglia non può sostenerlo nel risarcimento. D'altra parte, sarebbe utile per facilitare i dubbi dei pubblici ministeri circa la riparazione di imputati minorenni: i genitori più ricchi "comprano" la punizione del minore, creando iniquità per quelli appartenenti a classi sociali più modeste. Il fondo potrebbe quindi risolvere una situazione di ingiustizia sia per i colpevoli che per le vittime.

Questi cambiamenti potrebbero contribuire ad un aumento significativo del numero dei casi riferiti alla mediazione senza modificare la normativa vigente. Non solo questo migliorerebbe chiaramente la situazione delle vittime, ma contribuirebbe anche a ridurre gli oneri per lo Stato in materia di procedura e di esecuzione, chiaramente nell'interesse della società.





# Paradigmi e modelli di victim-oriented justice nel sistema penale

di Armando Saponaro\*

## 1. Vittimologia, victim advocacy ed il sistema di giustizia criminale

Quando noi osserviamo la Vittimologia da un punto di vista sociologico riscontriamo sia una scienza che un movimento sociopolitico (Fattah 1991) rivolto all'azione in favore delle vittime cosiddetta *victim advocacy*. Si deve sottolineare che per entrambi l'oggetto è rappresentato dal crimine e dai suoi profili vittimologici. Vi è infatti una comunità scientifica che ha lo scopo di migliorare la conoscenza sulla vittimizzazione e sulle vittime con un approccio interdisciplinare e multidisciplinare. I suoi membri tentano di descrivere i fenomeni di vittimizzazione ed individuarne le cause seguendo metodi sia qualitativi che quantitativi secondo gli standard delle discipline coinvolte. Sin dagli anni Settanta è stata svolta una notevole attività di ricerca empirica come pure è stato portato avanti uno sforzo teoretico. La ricerca è stata focalizzata di volta in volta su ogni tipo di vittimizzazione criminale, omicidio,

\* Professor of Criminology, Bioethics Department Criminal Sciences Section, University of Bari.

stupro, abuso di minori, violenza domestica, crimini dal colletto bianco e così via. Non sono state escluse né le vittime di guerra né di genocidio, in modo crescente incrementando il dettaglio della prospettiva con riferimento ad ogni fattispecie, ad esempio focalizzando la vittimizzazione nei campus universitari, la violenza sessuale nel corso del corteggiamento e da parte del partner, ecc. Lo sforzo teorico ha cercato di differenziare la Vittimologia dalla Criminologia proponendo schemi invertiti come in uno specchio in modo da poterli applicare analogicamente alla vittima oltre che al criminale (Saponaro 2009). Questa è la Vittimologia come scienza. Essa però rappresenta anche un movimento socio-politico di azione in favore delle vittime che ha tradizionalmente perseguito due principali fini, la soddisfazione dei ritenuti bisogni delle vittime da un lato, e la positiva normazione nonché implementazione di diritti dall'altro. Questo ci consente di individuare metaforicamente tre essenziali "anime" della Vittimologia: scienza, azione socio-politica in favore dei bisogni delle vittime, azione socio-politica in favore dei diritti delle vittime.

L'approccio dei diritti nell'azione socio-politica in favore delle vittime si è ritenuto in generale concernesse fundamentalmente il ruolo della vittima ed il suo *status* nel sistema di giustizia penale ed è fortemente orientato ad enfatizzare, rafforzare ed estendere questi e la possibilità di ottenere assistenza legale, restituzione del corpo del reato e risarcimento, protezione, e supporto economico all'interno ed a mezzo del sistema penale stesso. L'approccio dei bisogni nell'azione socio-politica in favore delle vittime invece si è ritenuto generalmente concernesse l'assistenza, la cura ed il recupero delle vittime tenendo in considerazione i bisogni della salute, psicologici, materiali e sociali derivanti dalla vittimizzazione affinché le vittime potessero trovare ristoro. In gran parte delle nazioni occidentali, se analizziamo il discorso vittimologico sulle giustificazioni o basi morali delle politiche orientate in favore delle vittime o fondate sulla loro considerazione, si può mettere in luce

un'altra dicotomia: l'approccio del *welfare* contrapposto all'approccio legale. Secondo la prospettiva del Welfare, le politiche e gli interventi in favore delle vittime del crimine sono giustificati sulla base dei loro bisogni, dato che «una società civilizzata e che si prende cura dei propri cittadini dovrebbe provvedere per essi per il proprio stesso fondamento umanitario e di civiltà» (Viano 1991: 337). Questo argomentare generalmente riguarda i servizi e i programmi per le vittime dei crimini e dei disastri ambientali. L'approccio legale invece parte dal presupposto che le vittime hanno certi "diritti", cosicché la vittimizzazione derivante dal crimine darebbe loro titolo ad essere riconosciute come tali ed ad ottenere giustizia e riparazione per ciò che hanno sofferto (Viano 1991). Da un punto di vista maggiormente filosofico ciò solleverebbe il problema se tali diritti sono semplicemente "recepiti" da parte del sistema giuridico ma hanno un fondamento ontologico ed immanente nello stesso *status* dell'essere umano vittimizzato, oppure dall'altro lato le vittime non hanno alcun diritto fino alla loro formale attribuzione giuridica. L'irrisolta sfida posta da tale tema ci ricorda la tuttora controversa disputa tra il diritto naturale ed il positivismo nel dibattito sui diritti umani fondamentali (Saponaro 2010: 301-302) ed invero marginalmente affrontata in vittimologia. O'Connell (2009) ad esempio solo recentemente ha sottolineato che i diritti delle vittime sono stati troppo spesso misconosciuti come diritti umani sebbene una porta è stata aperta dalla legittimazione della partecipazione della vittima nei procedimenti della Corte Penale Internazionale.

Queste etichette usate per descrivere il movimento socio-politico di azione in favore delle vittime sottostante alla vittimologia possono essere fuorvianti e creare confusione. Gli stessi diritti delle vittime sono spesso fondati sui loro bisogni e giustificati in base a questi. Occorre domandarci se i diritti dovrebbero essere giustificati, modellati o ritagliati in modo strettamente aderente ai bisogni delle vittime che risultino insoddisfatti alla luce della ri-

cerca sociale. Viano ha criticamente evidenziato che innanzitutto il concetto di “bisogno” è relativo e i suoi confini non sono neppure ben definiti dipendendo da un numero di variabili come è dimostrato dalla controversia sulla situazione di povertà e di conseguenti bisogni “necessitanti” di intervento (1991: 338). Compiendo un ulteriore passo avanti sarebbe opportuno chiedersi quale sia il numero assoluto o la percentuale del campione oggetto di *survey* di vittime le quali esprimano o mostrino o dichiarino o lamentino un determinato bisogno che possa giustificare e fondare la promulgazione di una legge o una riforma del sistema di giustizia criminale o ancora una politica orientata alle vittime del crimine. Se esaminiamo qualsiasi esempio di tali risultati empirici scopriamo che gli orientamenti, i desideri e gli auspici delle vittime del crimine sono distribuiti su una larga scala. Considerando per esempio una delle prime *surveys* su larga scala condotta dal South Australia Commissioner for Victims Rights nel 1990 che intendeva indagare il desiderio delle vittime a partecipare a varie fasi e gradi dei procedimenti penali si riscontrano alcuni risultati emblematici: il 38.5% e 39.1% del campione considerato erano rispettivamente orientati a non essere coinvolti ovvero al contrario a partecipare attivamente nei procedimenti penali (O’Connell 2007). A questo punto ci si chiede quale politica suggerirebbero. Il sistema di giustizia penale dovrebbe essere riformato seguendo l’orientamento del primo ovvero del secondo gruppo di vittime? Si potrebbe consentire comunque una attiva partecipazione attraverso l’approvazione legislativa o altra forma di formale e positiva normazione corrispondente al sistema giuridico di riferimento di una serie di diritti in relazione ai procedimenti penali, lasciando la scelta alle vittime se partecipare o meno. Diventa ovvio osservare che però in questo caso l’approccio dei bisogni delle vittime applicato al movimento per i diritti delle vittime finirebbe per pilotare sempre riforme dirette ad approvare legislativamente o inserire nel *corpus* formale e positivo delle norme del sistema

giuridico di riferimento ogni possibile e ipotizzabile diritto da attribuire alle vittime del reato nei procedimenti penali in particolare e nel sistema penale in generale senza seguire alcun quadro razionale, principio informatore o paradigma della politica da adottare. Peraltro le stesse ricerche empiriche sui bisogni delle vittime e dei loro orientamenti diverrebbero inutili e senza significato poiché porterebbero comunque all'approvazione del massimo spettro possibile di diritti concepibili in relazione al sistema penale in favore delle vittime del reato considerando l'intero spettro dei bisogni espressi. Ulteriormente un bisogno non implica necessariamente anche un'istanza sociale e non deve essere confuso con essa. Si assume nel discorso contemporaneo sulla *victim advocacy* che il *welfare* è un diritto e così le vittime avrebbero un diritto ai servizi in senso lato, incluso il sistema di giustizia penale visto come un servizio il cui utente è la vittima invece del reo o quanto meno sul suo stesso piano (Saponaro 2010).

L'elaborazione teorica e la ricerca empirica sulla cosiddetta "vittimizzazione secondaria" rende la questione perfino più complessa. Tali studi, lasciando da parte i pregiudizi e gli stereotipi inerenti l'attitudine degli individui nel relazionarsi alla vittima all'interno del sistema (Viano 2002), provano che lo stesso ruolo marginale della vittima nel sistema di giustizia penale non solo produce frustrazione o delusione o anche solo una più difficile soddisfazione degli individuati bisogni ma è stressante in se stesso. Una commissione di esperti proveniente da più di 40 Paesi nel tentativo di delineare a livello internazionale il *Manuale per la giustizia delle vittime* (*Handbook on Justice for Victims*) correttamente sintetizzò i risultati di tali studi affermando che la vittimizzazione secondaria nel suo complesso «si riferisce alla vittimizzazione che non è diretta conseguenza della condotta criminale ma della risposta istituzionale ed individuale alla vittima» (*Handbook for Justice for Victim* 1999: 9). Lottare contro un sistema che esclude, marginalizza o anche semplicemente ignora causa una vittimizza-

zione reale che spazia dalla semplice insoddisfazione alla sofferenza psicologica ed emotiva e talvolta si concretizza in perdite economiche e materiali. Superare la crisi indotta dalla vittimizzazione e lo stesso recupero della vittima può divenire perfino più difficile, o «più sottilmente l'intera fase delle indagini preliminari e lo stesso dibattimento possono causare vittimizzazione secondaria, dalle investigazioni passando per la decisione se perseguire o meno il reato, il dibattimento e la sentenza fino al rilascio in stato di libertà» (*Handbook for Justice for Victim* 1999: 9). Un vasto consenso internazionale, fondato effettivamente su diverse ricerche empiriche, ormai converge sul fatto che questo processo secondario di vittimizzazione all'interno del sistema di giustizia penale può verificarsi anche per un disequilibrio tra i diritti della vittima e del reo, nonché a maggior ragione poiché coloro che sono responsabili per l'organizzazione e le modalità esecutive dei processi penali e rispettive procedure non tengono in conto la prospettiva della vittima (*Handbook for Justice for Victim* 1999). Si può così comprendere a questo punto perché le citate dicotomie sono fuorvianti e non utili ovvero in altre parole non hanno valore euristico. Per ciò che riguarda la vittimizzazione secondaria è difficile in effetti sciogliere il nodo tra "bisogni" e "diritti". Finisce per emergere ed essere identificabile un "bisogno" all'attribuzione legislativa e concreta attuazione e implementazione di diritti in favore delle vittime in relazione al sistema di giustizia penale, a prescindere dagli effettivi desideri, opinioni o istanze delle vittime, perché scientificamente fondato e giustificato sul fenomeno della vittimizzazione secondaria quale politica di prevenzione "dall'alto". La variabile che definisce e configura il bisogno in questo caso non è l'immanente desiderio o l'istanza sociale ma la registrata soddisfazione delle vittime sul funzionamento operativo del sistema di giustizia penale (Saponaro 2010). La distinzione tra diritti e bisogni inerente la victim advocacy all'interno del movimento socio-politico vittimologico ha perso ulteriore peso con

l'avvento degli studi nel campo della cosiddetta "giurisprudenza terapeutica", prospettiva applicata molto recentemente alla partecipazione della vittima al processo penale. La giurisprudenza terapeutica è derivata un paio di decenni fa negli Stati Uniti dagli studi sulla legislazione in materia di malattia mentale quando si sono sviluppate ricerche empiriche che indagavano gli aspetti terapeutici positivi e negativi dei procedimenti giuridici finalizzati alla decisione sul trattamento terapeutico coatto dei pazienti affetti da malattie mentali (Wexler, Winick 1991; Wexler 2008a; 2008b). Essa «osserva diversi aspetti della legge per determinare se o fino a che limite quali norme sostanziali o procedurali e di ruoli o le azioni degli attori del sistema giuridico siano terapeutiche», e le sue «indagini sono correlate all'impatto dei procedimenti sul benessere della vittima» (Erez, Kilchling, Wemmers 2011). Da questo punto di vista diviene chiaro che né la giustapposizione tra l'approccio legale e del welfare né quella tra diritti e bisogni è significativa se non addirittura sono prive di senso. I diritti diventano strumenti in se stessi per soddisfare perfino bisogni emotivi delle vittime e le strutture e i modelli dei procedimenti giuridici sono funzionali al benessere della vittima. Il Diritto diviene uno strumento di cura e riabilitazione nella visione di Winick (2011). Ne consegue che se le norme, i procedimenti giuridici e i ruoli di coloro che applicano la legge, giudici, avvocati, ufficiali di polizia, operatori giudiziari, cancellieri, sono orientati verso la vittima o focalizzati sulla sua partecipazione questo migliorerebbe e minimizzerebbe l'impatto della vittimizzazione secondaria, spesso risultato come abbiamo detto di pratiche esistenti all'interno del sistema di giustizia penale (Erez, Kilchling, Wemmers 2011). Nello stesso solco ad esempio altri autori hanno concentrato la loro attenzione sulle norme e la loro implementazione dell'accusa penale privata ed accessoria in Germania esaminando ricerche fondate su interviste alle stesse vittime e a vari attori professionali della giustizia penale: giudici, pubblici ministeri, avvocati difensori, av-

vocati delle vittime che agivano per l'accusa penale privata, operatori dei servizi di supporto alle vittime. Hanno riscontrato che la semplice presenza dell'avvocato nominato dalla vittima può cambiare in modo significativo l'ambiente e l'atmosfera dell'aula giudiziaria e le dinamiche relazionali dei rispettivi attori nei confronti della vittima che veniva rispettata maggiormente, così concludendo che l'utilizzazione del patrocinio legale delle vittime nel processo penale, consentita dai sistemi giuridici dell'Europa continentale, è un concetto che dovrebbe essere ulteriormente esplorato in altri sistemi giuridici come un potenziale nuovo strumento per ottenere risultati terapeutici da parte del processo in favore delle vittime (Kury, Kilchling 2011). Questo continuo interfacciamento tra scienza ed advocacy in vittimologia permette di comprendere alcuni elementi caratteristici del movimento socio-politico in favore dei diritti delle vittime che possono essere considerati tuttora controversi. Per esempio, come già rimarcato quando si sono illustrati principi e i concetti della giurisprudenza terapeutica, una di tali caratteristiche è il dominio delle politiche criminali e della giustizia penale da parte dei difensori dei diritti delle vittime che vengono reclamati e sostenuti in modo eterodiretto, rispetto a movimenti sociali di vittime reali. La conseguenza che abbiamo paventato è che l'inserimento di diritti in favore delle vittime nel sistema giuridico e la loro implementazione avvenga principalmente attraverso interventi dall'alto verso il basso piuttosto che essere determinati da effettive istanze sociali da parte di movimenti e gruppi più o meno rappresentativi di vittime reali, con un alto rischio di paternalismo.

In conclusione sarebbe preferibile una distinzione tra approccio dei "servizi" e approccio dei "diritti" per descrivere la realtà sociale dell'*advocacy* in vittimologia. Il primo concerne la necessaria cura e assistenza, medica materiale, psicologica, legale e sociale in favore delle vittime del reato per mezzo di interventi governativi, di associazioni di volontariato, di comunità ed indi-

geni, che si indirizzino da un lato al miglioramento della consapevolezza e dell'effettività dell'esercizio dei diritti riconosciuti, dall'altro al trattamento delle conseguenze dirette della vittimizzazione e dell'evento criminale (si guardi ad esempio il paragrafo 14 Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power n. 40/34, 29/10/1985). Il secondo concerne invece la formale e positiva introduzione, implementazione ed attuazione di diritti al fine di evitare la vittimizzazione secondaria e consentire il giusto trattamento della vittima all'interno del sistema di giustizia penale nel suo complesso, anche per quel che riguarda le conseguenze del crimine e le possibilità riparative, di risarcimento da parte del reo e di indennizzo da parte dello Stato. Questo approccio dei diritti delle vittime ed il suo fondamento ha oggi una esplicita statuizione nella Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI), Preambolo n. 5) e n. 6) (Saponaro 2010).

## **2. Il paradigma del "conflitto" e della "pacificazione" nella victim-oriented justice.**

Affermare che il crimine, visto come un fatto sociale, è un conflitto, sembra piuttosto ovvio. Da un punto di vista sociale la sostanza materiale di un crimine è sempre un contrasto ed una lotta fra individui o gruppi per assumere il controllo sulle risorse, siano esse denaro, merci, sesso e così via, per soddisfare bisogni individuali o collettivi, con l'uso di forza o potere. La stessa distinzione tra teorie del conflitto e del consenso in criminologia è ingannevole. Esse condividono l'identica premessa ed assunto che il crimine è un conflitto, una lotta; la sola differenza è che le teorie del consenso reputano la condotta criminale limitata ad un gruppo minoritario che rifiuta e non accetta l'accesso formalmente ed informalmente ritualizzato alle risorse e la loro distribuzione, con-

divisi dalla maggioranza e funzionali a prevenire e risolvere i possibili insorgenti conflitti, sostanzialmente visti come interindividuali. Le teorie del conflitto semplicemente tendono ad inscrivere il crimine, sempre forse anche maggiormente visto come conflitto, in uno scontro generale e collettivo che inerisce la stessa struttura sociale, la quale produce, mantiene e preserva un disuguale accesso alle risorse. Guardando più attentamente tale categorizzazione, con una pur ovvia operazione di riduzione della complessità, l'unica dissimilarità appare essere che secondo le ultime il conflitto è strutturale e il crimine è una parte di questo conflitto strutturato e strutturale.

Quando si assume la chiave di lettura del crimine come conflitto è opportuno tenere a mente la sua duplice dimensione storica. Nel corso dei secoli, particolarmente nelle nazioni occidentali, a causa della crescente creazione e progressivo allargamento di un'autorità istituzionale centralizzata per la gestione e il controllo del conflitto connesso al crimine, l'interpretazione del crimine come conflitto ha avuto una deriva e una traslazione dalla dimensione inter-personale o inter-gruppale a quella dell'individuo contro l'autorità istituzionale (Sovrano, Stato, e istituzioni collettive di controllo del crimine). Vittimologi come Schafer (1977) e Kirchhoff (2005) hanno criticato questo cambiamento perché essi sostengono abbia posto la vittima al di fuori del sistema della giustizia penale rendendola negletta. Il primo ritenne che la *golden age* della vittima fosse nel Medioevo in considerazione delle possibilità di riparazione pecuniaria consentite dal diritto germanico, ma egli sottolineò anche che nei primissimi e primitivi tempi della storia dell'umanità il controllo sociale era nelle stesse mani della vittima individuale, seppure quale specchio della lotta per la sopravvivenza, e poco dopo comunque quando le istituzioni politiche erano largamente basate su legami consanguinei o una organizzazione tribale con un'assenza di un'autorità centrale, la faida e la vendetta erano pratiche comuni (Schafer, 1977: 6-7). Il

secondo ha proposto quale strumento interpretativo della moderna procedura penale quello che egli ha chiamato il “teorema della divisione del territorio” così tracciando una linea storica rispetto ai sistemi premoderni non caratterizzati da tale elemento. Nei moderni sistemi di giustizia penale secondo il suo pensiero il “territorio” appare diviso tra il campo del potere del pubblico accusatore statale e l’area dei diritti umani dell’imputato, divisione che si attua secondo una dimensione verticale ed ovviamente sbilanciata fra i due. Nessuno spazio vi è per la vittima ovvero il suo ruolo è veramente minimo (Kirchhoff, 2005: 45-46). Schafer ha ritenuto che comunque vi sia stato durante la seconda metà del XX secolo un *revival* della vittima (Schafer 1977: 23-24).

Durante gli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo la vittima del crimine è stata fortemente rivalutata proprio grazie ad una rivisitazione dell’idea del crimine come conflitto però in una dimensione interpersonale da cui lo Stato dovrebbe essere tenuto fuori con il fine e l’auspicio di recuperare un ruolo più imponente della vittima nella reazione sociale al crimine. Tale rivisitazione era ricollegabile all’intento di dare fondamento e forza alla giustizia riparativa, ma ha finito per alimentare tuttavia interventi per rinforzare il ruolo della vittima nel sistema di giustizia penale, prescindendo nelle politiche adottate da effettivi obiettivi di composizione del conflitto. Uno dei più dirompenti *pamphlets* che sostenne la forte riaffermazione dell’idea del crimine come conflitto sebbene privato è da attribuire a Christie (1977), poi divenendo concetto basilare, comune se non dato per presupposto nel discorso sulla *Restorative Justice*. Giusto per fare un esempio Van Ness (1993: 259) ha più recentemente sintetizzato in modo magistrale il cuore del pensiero sulla giustizia riparativa rimarcando che essa riposa sul principio che appunto il crimine è primariamente un conflitto tra individui, che danneggia le vittime, le comunità ed i rei stessi, solo secondariamente è una violazione di legge (Strang 2001: 3).

Invero considerando il crimine come conflitto e l'evoluzione storica dei sistemi di giustizia penale dal punto di vista del ruolo e dei diritti delle vittime è possibile inferire due paradigmi, uno del "conflitto" e un altro che denominiamo della "pacificazione". La prospettiva del crimine come conflitto porta a considerare il sistema di giustizia formale ed informale come una forma di controllo e gestione del conflitto ritualizzata ed istituzionalizzata. La stessa formale proibizione di determinati comportamenti alla nascita dei sistemi di giustizia criminale rappresenta lo sforzo delle nascenti organizzazioni sociali di bandire l'uso della forza e del potere quale strumento per risolvere gli insorgenti conflitti in favore del reo, superando la resistenza dell'opponente. Ciò significa che il crimine è un conflitto in se stesso ma da un punto di vista fattuale può essere il punto d'origine ovvero solo il segmento di un più ampio *continuum* fra individui o gruppi. Ad esempio quando la vittima e il reo sono sconosciuti l'uno all'altro il crimine è il punto di partenza di un conflitto post-vittimizzazione. Al contrario quando fra essi vi è una pregressa relazione può essere spesso solo il frammento di un conflitto più ampio e di maggior durata. Ogni conflitto può terminare con un "vincitore", colui che risulterà poi essere il reo, ed un "perdente" colui che risulterà poi essere la vittima, e risalendo indietro nel tempo alle epoche più antiche, ciò che sarebbe successo dopo era autoregolato dagli opposenti secondo i loro rapporti reciproci di forze e potere. In questo senso si può concordare con Schafer (1977: 6) quando afferma che nei primissimi e primitivi tempi della storia dell'umanità il controllo sociale era nelle stesse mani della vittima individuale, seppure quale specchio della lotta per la sopravvivenza. Ritorsione, vendetta, rivincita, faida erano le parole chiavi. Già quando nacquero le prime società e i gruppi sociali organizzati l'uso della forza e del potere nei conflitti fu regolato dal diritto secondo i due paradigmi che abbiamo correlato al ruolo della vittima, tuttora attualmente riscontrabili nei sistemi di giustizia contemporanea.

Nel primo paradigma, quello che abbiamo denominato del “conflitto”, si consente che l’uso della forza e del potere sia amministrato direttamente dalla vittima, ovvero dai suoi familiari, per ripristinare la simmetria del conflitto alterata dal crimine, oppure è amministrato dallo Stato ma la vittima può partecipare al processo decisionale a certi suoi stadi e gradi nell’ambito di determinati limiti. Il conflitto persiste senza soluzione di continuità nel dominio della legge e nell’arena giudiziale, semplicemente il risultato iniziale viene ribaltato per mezzo dell’uso della forza e del potere nei confronti dello stesso originario “vincitore”, cioè il reo. Vi sono numerosi esempi storici nei sistemi di giustizia criminale più antichi espressione di tale paradigma, quale la famosa *lex talionis*, principio che consentiva la ritorsione legittima da parte della vittima, secondo la nota formulazione datane nel libro dell’Esodo (21: 23-25): «occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, bruciatura per bruciatura, ferita per ferita, livido per livido». Lo stesso si ritrova nella legge delle XII Tavole; «*si membrum rupsit, ..., talio esto*» cioè se qualcuno produce una lesione ad altri, allora si applichi il taglione. Ulteriore esempio è offerto dal codice di Hammurabi che «recepiva pienamente la legge del taglione. Occhio per occhio, dente per dente, arto per arto era la pena prevista per le lesioni volontariamente provocate ad un *amelu*» cioè il patrizio, l’uomo libero che deteneva la pienezza dei diritti civili (Johns 1910). Il paradigma del conflitto nei sistemi di giustizia penale con riferimento alla vittima è storicamente ben radicato in alcuni bisogni simbolici ed emozionali di segno negativo che si assumono nella fase post-vittimizzazione del conflitto dalla parte della vittima stessa come rabbia, ostilità, odio e vendetta. Talvolta la reazione della vittima dopo la crisi indotta dalla vittimizzazione è perfino descritta come furore ed ira intensa (Kirchhoff 1994: 58). È interessante notare che da una prospettiva evolucionista il percorso della civilizzazione ha condotto sempre meno ad un uso legittimo della forza e della violenza attraverso la

centralizzazione delle istituzioni collettive del controllo sociale come Pinker (2011) ha recentemente dimostrato, ma tuttavia egli sottolinea anche che il desiderio di rivincita e vendetta è tuttora un demone profondamente allignato nell'essere umano fra quelli che lo inclinano e lo spingono verso la violenza, nonostante il declino di quest'ultima nella società moderna e contemporanea considerata nel suo complesso. La menzionata area vittimologica di ricerca della "giurisprudenza terapeutica" è connessa a questa linea di pensiero al di là delle intenzioni dei suoi autori poiché questa prospettiva può alimentare e rendere più radicato ciò che noi abbiamo chiamato il paradigma del conflitto nelle modalità attuative di una giustizia orientata alla vittima. Ipotizzare come terapeutico il diritto sostanziale e processuale certamente fornisce maggior fondamento all'idea che l'approvazione legislativa, ed ancor più la concreta implementazione di certi "diritti" relativi allo stato e al ruolo della vittima nel sistema di giustizia penale, possa indurre una catarsi ovvero un rilascio emotivo dei sentimenti e delle emozioni di segno negativo inerenti la vittimizzazione e posseduti dalla vittima che così soddisferebbe i propri bisogni emozionali e simbolici ad essa connessi. Non a caso questo argomento è posto spesso a base della giustificazione dell'introduzione di pene più severe come pure della compressione dei diritti del reo. È emblematico negli Stati Uniti l'attuale mito politico dell'effetto terapeutico sulle vittime delle esecuzioni della pena di morte come constatato da Gerber and Johnson (2007). Secondo questo mito – sostenuto e supportato anche da parte del movimento socio-politico in favore delle vittime – le vittime del reato di omicidio possono ottenere un risanamento terapeutico della propria sofferenza emotiva attraverso un processo penale diretto all'irrogazione della pena capitale e spesso perfino un senso di conforto o di soddisfacente definizione della propria situazione attraverso la concreta esecuzione di quella. La "guarigione" della vittima e il definitivo rilascio della sofferenza emotiva è supposto

proprio perché la fase esecutiva della pena capitale funzionerebbe come un ambiente terapeutico sostitutivo. Questo diviene spesso parte delle istanze avanzate dal movimento sociopolitico in favore delle vittime per rendere la giustizia criminale più personale, più attenta alle emozioni delle vittime e così più terapeutica. L'idea che la pena di morte consente alle vittime di chiudere anche emotivamente con il passato invero «riflette l'assunto che il governo dovrebbe alleviare la loro afflizione attraverso l'esecuzione del reo la quale nel momento in cui avviene concretamente produrrà una catarsi emozionale spesso espressa come senso di pace, soddisfazione, o guarigione» (Gerber and Johnson 2007: 124). La teleologia evidentemente così mascherata ma immanente nel paradigma del conflitto nelle politiche di giustizia criminale orientate alla vittima è che il conflitto continua nell'arena giuridica ma la vittima è aiutata a ribaltare la sconfitta dovuta alla vittimizzazione essendo dati diritti come armi contro il reo.

Il secondo paradigma che può essere individuato nelle strutture e modalità attuative dei sistemi di giustizia penale orientati alla vittima, che abbiamo denominato della "pacificazione", esclude l'uso della forza e del potere da parte della vittima nei confronti del reo ed è principalmente perseguita la cessazione del conflitto e non la sua prosecuzione senza soluzione di continuità nell'arena giuridica, e secondariamente la fine in particolare del conflitto post-vittimizzazione è ricercata con mezzi pacifici, almeno con rimedi e modalità alternative alla violenza esercitata direttamente dalla vittima o in forma delegata (autorità istituzionale, Sovrano o Stato) contro il reo. Abbiamo preferito definire tale paradigma della "pacificazione" perché il perdono o la riconciliazione non fanno parte necessariamente della sua teleologia politica, né concretamente ricercate invece della pura cessazione ovvero della mera risoluzione del conflitto funzionale ad una pace sociale a diversi livelli. Il paradigma della "pacificazione" condivide con quello del conflitto la stessa premessa e cioè concepisce

il crimine come un conflitto ma, secondo quella che possiamo considerare la sua moderna e più recente versione, lo scopo è «incoraggiare la pacifica espressione del conflitto, promuovendo la tolleranza e l'inclusione, costruendo il rispetto per la diversità, nonché incoraggiando pratiche per una comunità responsabile» (Dandurand, Griffiths 2006: 5). I due paradigmi sono coesistiti e si sono intrecciati nella storia dei sistemi della giustizia penale. L'indennizzo monetario in luogo della violenta ritorsione è un facile esempio. Schafer (1977: 8-9) – pur rilevando come i più antichi riferimenti alla riparazione risarcitoria in luogo della ritorsione e della vendetta legittimata fossero sporadici e talvolta non chiari – nelle fonti ha ricostruito diverse tracce sin dal codice di Hammurabi e della legge delle XII Tavole, enfatizzando come già detto una *Golden Age* per la vittima nel Medioevo a causa del diritto germanico in materia di indennizzo in occasione del crimine. Lo stesso passaggio delle XII Tavole citato precedentemente e reputato espressione del principio della legge del taglione mostra in verità i due paradigmi fra loro strettamente intrecciati «*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*». La ritorsione è legittimata subordinatamente alla mancanza di un accordo pacifico tra il reo e la vittima. È vero d'altro canto che la più matura e avanzata estrinsecazione di tale paradigma negli attuali sistemi di giustizia penale è rappresentata dalle politiche e pratiche contemporanee di giustizia riparativa. I programmi di giustizia riparativa sono appunto diretti a far sì che le parti in conflitto siano attivamente coinvolte nella sua risoluzione e nella attenuazione delle sue conseguenze negative, in qualche caso, favorendo l'instaurazione di processi decisionali a livello locale e della comunità (Dandurand, Griffiths 2006: 5), attuando un'alternativa al sistema di giustizia criminale oppure in altri casi consentendo una diversa prospettiva dal suo interno. In questa ultima ipotesi lo stesso scopo predominante del processo penale dovrebbe essere riconciliare le parti e al tempo stesso riparare i danni causati dal cri-

mine e facilitare la partecipazione attiva delle vittime, dei rei e delle loro comunità, e non essere dominato dal governo con l'esclusione degli altri (Van Ness 1993: 259), così soddisfacendo meglio i bisogni delle vittime, migliorando la loro gestione delle conseguenze del trauma e della vittimizzazione, e della propria sfera emotiva. Da questo punto di vista le parole chiave del paradigma della "pacificazione" nelle politiche di giustizia penale orientate alla vittima possono essere individuate in pace, comunicazione, riparazione.

### **3. I paradigmi della *victim-oriented justice* e la politica criminale**

Quando noi parliamo di diritti delle vittime e del corrispondente movimento socio-politico di pressione e *lobbying* per la loro introduzione legislativa, implementazione e concreta attuazione generalmente ci riferiamo ai diritti procedurali nell'ambito dei sistemi di giustizia penale. È facile dimenticare che per riconoscere formalmente lo *status* di vittima ad un certo definito gruppo di individui – e così ammettendo che hanno subito una ingiusta perdita materiale, un danno fisico o psicologico, una sofferenza emotiva od un qualsiasi altro danno o lesione precedentemente ignorata – è necessario inserire nel *corpus* normativo positivamente vigente e implementare conseguentemente diritti. In primo luogo il diritto di richiedere formalmente ed ottenere la tutela giuridica attraverso il sistema formale di giustizia (Saponaro 2010). Non vi è alcun dubbio che il tema dei diritti delle vittime include le possibili riforme della legge penale sostanziale e più estensivamente le stesse politiche criminali. Ricostruendo la storia del movimento per i diritti delle vittime negli Stati Uniti Jerin (2004) rimarca ad esempio correttamente che la legislazione penale per fini politici orientati alle vittime ha spesso cambiato la definizione delle fattispecie di reato e del tipo e la misura delle sanzioni da applicarsi ai

criminali condannati, portando così ad introdurre norme che coprono importanti aree di vittimizzazione e le corrispondenti condotte, come la guida in stato di ebbrezza, la violenza domestica, l'abuso dei minori, lo *stalking* e così via. Particolarmente la criminalizzazione della violenza domestica, dello stupro coniugale, della violenza sessuale fra partner, della guida in stato di ebbrezza e dello *stalking* appare essere il risultato del movimento delle organizzazioni femministe e delle loro istanze di un eguale protezione giuridica da parte del sistema della giustizia penale (Jerin 2004: 137). Se osserviamo le politiche criminali attraverso le lenti del paradigma del conflitto come precedentemente spiegato e delineato possiamo riscontrare i seguenti modelli orientati alle vittime per l'introduzione e implementazione di diritti in loro favore (Saponaro 2010). Alcuni di essi hanno un modello complementare inversamente corrispondente all'altro illustrato paradigma della "pacificazione".

- Modello della "criminalizzazione". Come già osservato il movimento per i diritti delle vittime e in modo predominante i gruppi organizzati di pressione e lobbying di matrice femminista hanno ottenuto la tutela giuridica per una serie di "vittimizzazioni nascoste", altrimenti neglette, tollerate o perfino socialmente legittimate. Questo ha portato all'introduzione di numerosi nuovi crimini ovvero alla migliore delimitazione della fattispecie di reato dal punto di vista della condotta tipica, in relazione a tematiche quali la violenza domestica, l'abuso dei minori, lo *stalking*, la violenza sessuale in ambito coniugale. Questo modello è orientato infatti ad attrarre il *continuum* del conflitto nell'arena giuridica. Il modello complementare e inverso corrispondente al paradigma della pacificazione è rappresentato ad esempio dalla previsione di modalità di risoluzione del conflitto alternative, eventualmente informali e non basate su di un ordine del giudice, il cui tentativo sia obbligatorio prima dell'esercizio dell'azione penale, dalla mediazione pre-dibattimentale ed altre forme di *diversion* che impli-

chino il coinvolgimento e la partecipazione della vittima, comportando l'estinzione del reato. In Italia l'esempio maggiormente rappresentativo di questo ultimo è la messa alla prova nel processo penale per i minorenni, mentre non lo è l'ammonizione del questore nel caso di *stalking* che non prevede la partecipazione ed il coinvolgimento della vittima nel processo decisionale, limitandosi a denunciare i fatti.

- Modello della "decriminalizzazione". Definiamo in senso ampio decriminalizzazione (a mezzo di vari strumenti giuridico-normativi che portino indirettamente ad introdurre diritti in favore delle vittime del reato, sia legislativamente, sia giurisprudenzialmente, in dipendenza del sistema di giustizia penale considerato, essendovi talune giurisdizioni ove i precedenti giurisprudenziali hanno una certa valenza vincolante) la politica di estensione dell'area delle possibili difese, quali usualmente l'incapacità di intendere di volere, le circostanze attenuanti, ovvero la legittima difesa, che possono essere sollevate e sostenute da un imputato sulla base della sua precedente vittimizzazione da parte colui che è poi risultato essere la effettiva vittima del reato (ad esempio negli Stati Uniti emblematica è la sindrome della donna maltrattata), oppure la politica di ampliamento dei limiti e dei confini della legittima difesa in se stessa. Da un punto di vista giuridico e penalistico solo alla legittima difesa che è una discriminante, giustificando la condotta, potrebbe essere attribuito in senso rigoroso un effetto decriminalizzante, ma sarebbe preferibile nella delineazione del modello assumere la decriminalizzazione in un significato più ampio per descrivere tale possibile politica criminale orientata alla vittima, perché il fine dei gruppi di pressione in favore delle vittime in tal caso è di escludere la responsabilità della vittima che reagisce alla vittimizzazione, indipendentemente dalla tecnica legislativa. Con riferimento a tale modello è difficile immaginare la sua speculare controparte del paradigma della pacificazione.

• *Inasprimento delle pene.* È la politica criminale diretta ad incrementare quantitativamente oppure aggravare qualitativamente le sanzioni penali e inoltre a ridurre la forbice dei limiti edittali restringendo la discrezionalità giudiziaria nella determinazione della pena. Si concorda generalmente in misura maggioritaria anche fra gli stessi sostenitori delle politiche *victim-oriented* che non dovrebbe essere uno dei fini del movimento in favore dei diritti delle vittime. Essere in favore dell'emancipazione della vittima non dovrebbe portare a lottare in favore di un sistema penale più repressivo, appoggiando campagne per l'inasprimento delle pene. Se ci concentriamo sull'area europea, nel corso del Forum Europeo per i servizi alle vittime avvenuto nel 1994 a Falkirk in Scozia, è stata unanimemente espressa l'opinione che appunto l'emancipazione della vittima non deve essere intesa a spese dei diritti dell'imputato (Groenhuijsen 1996). In passato Fattah (1992) ed Elias (1993) hanno molto bene sottolineato i pericoli di un'inaccettabile conflitto con i diritti dell'imputato in quella che loro chiamavano "vittimologia dell'azione" riferendosi al movimento socio-politico in favore delle vittime, e dall'altro lato la sua possibile manipolazione e sfruttamento in modo da asservirlo ovvero darlo in supporto a politiche ispirate al principio "*legge ed ordine*". Il modello complementare corrispondente al paradigma della pacificazione è rappresentato ad esempio dalla previsione di modalità alternative di risoluzione del conflitto che abbiano l'effetto non di estinguere il reato ma possano giustificare l'irrogazione di una sanzione penale in misura minore o qualitativamente meno severa, altrimenti ancora come circostanza attenuante.

• *Compressione dei diritti dell'imputato.* Talvolta in modo diretto è stata esplicitamente suggerita o perfino proposta anche in Italia l'esclusione, la riduzione, o altrimenti la compressione dei diritti procedurali dell'imputato nel sistema della giustizia penale, come proveniente da gruppi politici di pressione in favore dell'emancipazione della vittima, o diretto risultato di politiche go-

vernative in favore delle vittime per diminuire il senso di insicurezza. Sono emblematiche le battaglie politiche sulla riforma dei limiti probatori e in generale per l'indebolimento del regime delle prove inutilizzabili oppure per l'estensione della durata della custodia preventiva o delle sue condizioni di applicabilità e così via. In realtà le considerazioni già svolte hanno maggior peso e decisiva importanza in questo caso essendo tale tipo di politica effettivamente esclusa dagli scopi del movimento in favore dei diritti delle vittime e di una giustizia a loro orientata, salve talune evidenti strumentalizzazioni, e altresì non vi è altrettanto chiaramente alcun identificabile modello complementare del paradigma della pacificazione.

#### **4. I paradigmi della victim-oriented justice e i loro modelli nel sistema di giustizia penale**

Da un punto di vista tradizionale i diritti delle vittime nei procedimenti penali sono stati raggruppati ed elaborati secondo "decaloghi", ovvero cataloghi con speciale riferimento a documenti internazionali come la ben nota Dichiarazione delle Nazioni Unite sulle vittime del crimine e dell'abuso di potere del 1985, oppure la più recente Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/jHA). Il livello di dettaglio e la loro forza giuridica vincolante è variabile. Ad esempio la seconda è giuridicamente vincolante per gli Stati membri dell'Unione Europea, mentre la prima come ogni Dichiarazione delle Nazioni Unite, costituisce una sorta di impegno morale molto difficile da attuare concretamente senza la cooperazione delle entità nazionali. Talvolta è realmente necessario catalogare i diritti basilari confrontando differenti fonti internazionali il cui numero è andato incrementandosi notevolmente.

Van Dijk (2006: 2) identifica e semplifica in un modo con il

quale si può concordare dieci principi in favore della vittima nei procedimenti penali secondo lui posti dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sulle Vittime del Crimine e dell'Abuso di Potere del 1985:

1. Compassione e rispetto;
2. Informazione (sui diritti nel procedimento e sulla spiegazione del suo progredire);
3. Presentazione del proprio punto di vista al giudice;
4. Assistenza legale;
5. Protezione della privacy ed incolumità fisica;
6. Risoluzione informale delle dispute;
7. Assistenza medica e sociale;
8. Restituzione e risarcimento da parte dell'autore del reato;
9. Indennizzo da parte dello Stato;
10. Sviluppo di competenze ed abilità, cooperazione.

L'introduzione cogente di diritti realmente basilari e fondamentali è invero stratificata in numerosi strumenti internazionali, non sempre coordinati ed armonizzati fra loro perfino comparando gli stessi trattati adottati dalle Nazioni Unite e la Dichiarazione 1985, come è stato posto in luce dallo stesso Van Dijk (2006: 3). Peraltro i diritti in favore delle vittime sono spesso raggruppati in aree specifiche correlate ai supposti interessi e bisogni della vittima: informazione, protezione, indennizzo, ecc. Questo approccio ha condotto a valutazioni e considerazioni che possono perdere la visione di insieme, essendo frammentarie nell'esame di ogni singolo diritto separatamente considerato e così sottovalutandosi "sinergie" od "interferenze". Un'ulteriore osservazione critica di Mark Groenhuijsen (1996: 169) è condivisibile: i diritti delle vittime sono fortemente contingenti, dipendendo dalle caratteristiche maggiormente qualificanti dei sistemi di giustizia penale coinvolti, le quali influenzano il fine dell'introduzione del diritto e gli obblighi corrispondenti. È possibile compiere un ul-

teriore passo avanti. In verità la stessa implementazione di alcuni diritti può essere pienamente valutata con un approccio “olistico” che tenga conto del “modello” di riferimento. Il problema è che perfino limitando lo spettro alle nazioni europee come ad esempio avvenuto durante il Forum già menzionato in Falkirk, esso comprende una larga banda che spazia da sistemi strettamente di stampo accusatorio a sistemi sostanzialmente forgiati su quello inquisitorio (Groenhuijsen 1996). È nostra opinione che si dovrebbero abbandonare tali categorie e modelli fondati sul reo per valutare l’orientamento della giustizia penale alla vittima e la coerenza e congruità dei corrispondenti diritti. È indubbiamente vero che i rispettivi elementi dei modelli processuali idealtipici, accusatorio ed inquisitorio, hanno significativa influenza sui diritti della vittima richiesti per una sua adeguata tutela. Il ruolo del giudice e la statura processuale del pubblico accusatore, come pure il metodo di porre le domande alle persone informate sui fatti, lasciato primariamente al giudice oppure al contrario rimesso allo scontro dell’esame incrociato, potrebbe essere rilevante per la preparazione o protezione dei partecipanti o dei testimoni (Groenhuijsen 1996). Invero deve ritenersi che il concetto chiave e discriminante sia la “partecipazione”. Dalla prospettiva della vittima e di una giustizia ad essa orientata è molto più significativo essere una piena parte del giudizio (stesso piano del reo) oppure un semplice testimone. Il ruolo del giudice e la statura processuale del pubblico accusatore sarebbero rilevanti se la vittima è una piena parte del giudizio e meno nella seconda ipotesi, poiché il testimone non ha comunque alcun controllo sull’esito finale o sulla determinazione della piattaforma probatoria. D’altro canto se la vittima è una piena parte del giudizio diviene meno significativo il metodo seguito nel porre le domande poiché un esame incrociato aggressivo o intimidatorio sarebbe facilmente controbilanciato e contrastato dal patrocinatore legale della stessa vittima. Pertanto i processi decisionali e la costruzione delle politiche inerenti le ri-

forme legali o istituzionali dei sistemi di giustizia penale che abbiano quale obiettivo un mutamento orientato alla maggior tutela e protezione della vittima dovrebbero tenere in conto alcune considerazioni e osservazioni generali che possono essere tratte dai paradigmi e corrispondenti modelli, estrapolabili attraverso la lente prospettiva del concetto di partecipazione.

Se ci si pone da tale punto di vista e si focalizza sul ruolo della vittima, analizzando in modo comparato le differenti giurisdizioni che si ispirano alla tradizione di *civil e common law*, ovvero in altre parole la famiglia Romano-Germanica da un lato e quella di *common law* dall'altro (David and Jauffret-Spinozi 1992), una prospettiva socio-giuridica ci consente di ritrovare e confermare i due paradigmi che abbiamo identificato: un generale e ben radicato paradigma del "conflitto" e per converso della "pacificazione" ed i loro corrispondenti modelli, anche nel campo dei diritti procedurali e del sistema di giustizia penale. L'ultimo più recentemente è connesso all'approccio della giustizia riparativa come già chiarito.

Il paradigma del conflitto può essere riscontrato nel sistema in cui le riforme istituzionali e legislative in favore della vittima, il complesso di diritti sostanziali e processuali introdotti e implementati, con particolare riguardo al suo ruolo globale nel processo penale, è diretto teleologicamente o comunque opera o funziona in concreto e in pratica per dare alla vittima il potere di attivare il procedimento di inflizione della sanzione penale, ovvero il potere di controllare i processi decisionali della pubblica accusa inerenti l'esercizio dell'azione penale, di dare ad essa impulso attraverso le fasi seguenti, e avere controllo ed influenza sulla detenzione e il rilascio del reo, nonché in ultimo ma non meno significativamente sull'esito finale del processo. Per esito finale del processo qui si intende il "verdetto di colpevolezza", la condanna, che è il riconoscimento e la formale affermazione della vittimizzazione, del male commesso dal reo, e dall'altro la "congruità" o "giustizia"

della pena inflitta (secondo la prospettiva e la percezione della vittima), e l'ottenimento della restituzione del corpo del reato, e risarcimento dei danni in modo coatto da parte del reo. Lo scopo principale e la sottostante giustificazione razionale è di realizzare un contro-bilanciamento ai diritti del reo, la supposta parità delle armi, nella battaglia e nel contrasto originato dal crimine e che prosegue e si consolida nell'arena giudiziaria. Christie (1977) è stato profetico: la vittima cerca di ottenere la restituzione del proprio conflitto. Christie ha sottolineato che senza dubbio il crimine in molti casi è un conflitto privato ed interindividuale, un contrasto sul piano personale, e nessun dubbio altrettanto può essere sollevato anche sul fatto che lo Stato ha sì sottratto tale conflitto alla vittima, e quali ne siano le ragioni storiche, ha però così evitato il fiorire della vendetta e della ritorsione (1977: 1), come egli stesso è costretto ad ammettere nonostante tutto. Dopo la caduta dell'Impero Romano e prima dell'avvento di un sistema di giustizia criminale prevalentemente pubblico, almeno nell'area europea, il desiderio della vittima di ritorsione, condanna, vendetta sarebbe potuto essere soddisfatto ancora solo privatamente (O'Hara 2005: 235). Come è stato spiegato questa è stata ed è tuttora la profonda radice storica e sociale del paradigma del conflitto nei moderni e contemporanei sistemi di giustizia penale e nel movimento per i diritti delle vittime.

Per il paradigma del conflitto, nella giustizia orientata alla vittima, possono essere attualmente delineati due principali modelli procedurali corrispondenti più o meno effettivamente alle due maggiori tradizioni giuridiche, una afferente la famiglia Romano-Germanica, l'altra di *common law*, e un modello ibrido. Possono essere altresì ordinati secondo il livello di partecipazione della vittima al procedimento:

- Il modello della vittima-testimone ovvero dell'esclusione della vittima dall'aula giudiziaria tipico dei sistemi di *common law* (basso livello di partecipazione);

- Il modello ibrido attualmente adottato in Giappone (medio livello di partecipazione);
- Il modello della “parte civile” ovvero della vittima posta all’interno dell’aula giudiziaria tipico dei sistemi dell’Europa continentale (piena partecipazione).

Il modello della vittima-testimone si riferisce alla struttura dei procedimenti penali secondo la tradizione di *common law*, in cui la vittima è in modo caratterizzante esclusa dalla partecipazione se non come oggetto di prova. La vittima in questo caso è “l’uomo dimenticato” che è posto letteralmente da un punto di vista topografico, specialmente nell’era pre-vittimologica, e non affatto metaforicamente nell’angolo dell’aula giudiziaria. Ad essere onesti l’equivoco del dibattito internazionale vittimologico soprattutto ai suoi albori sul declino del ruolo della vittima nel sistema penale, dalla prospettiva della sua partecipazione ed intervento ai differenti stadi e fasi del procedimento e del dibattimento, risente della predominante cultura giuridica di *common law*. È agevole osservare che di nessun declino si può parlare per i sistemi di giustizia penale continentale ove si ponga mente al modello francese di marca napoleonica della cosiddetta “parte civile”, modello che risale nella sua prima e primitiva configurazione al 1670 con l’Ordonnance Criminelle. La vittima è una piena parte del processo, partecipa ed è presente sin dalle prime preliminari fasi, inserendo nel processo penale un’istanza formale per la restituzione ed il risarcimento del danno che può essere ordinato con la sentenza. Salve alcune differenziazioni locali o su base storica da un punto di vista generale la vittima ha gli stessi diritti procedurali dell’imputato. Non vi è alcuna mancanza di informazione e di controllo come nei sistemi di *common law*. Secondo l’attività di monitoraggio degli sforzi di implementazione portati avanti dagli Stati membri prevista dall’articolo 18 della citata Decisione Quadro 2001, al momento il modello è condiviso da numerose nazioni europee

come la Francia, l'Italia, la Germania e la Spagna. Sin dalla sua promulgazione nel 1670 il modello non consente alla parte civile di concludere o altrimenti suggerire la pena ritenuta appropriata, ma è chiaro che le conseguenze del crimine sono sottoposte all'attenzione del giudice in connessione alla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, correlate prove e istanze avanzate dalla vittima. Per apprezzare gli elementi differenziali dei due indicati modelli principali è importante esaminare la dimensione e la portata dell'implementazione dei diritti basilari in relazione alle caratteristiche del ruolo della vittima nel sistema di giustizia criminale nel suo complesso. Dall'informazione all'indennizzo, dall'espressione del proprio punto di vista all'autorità giudiziaria fino all'assistenza legale, tutti i diritti fondamentali visti attraverso la rispettiva lente dei due modelli assumono diverso peso e significatività da un appropriato *focus* orientato alla vittima. Invero la maggior parte dei diritti delle vittime riconosciuti a livello internazionale a partire dalla stessa più volte citata Dichiarazione delle Nazioni Unite nel 1985, appaiono ritagliati per il modello della vittima-testimone del paradigma del conflitto al fine di controbilanciare l'assenza della vittima nel processo penale. La vera sfida è dare ad essi una peculiare e appropriata sostanza e significatività anche nei sistemi che si ispirano al modello pieno della parte civile come l'Italia invece che limitarsi ad una revisione meccanica della loro implementazione. Il diritto di presentare il proprio punto di vista alla Corte è ovviamente già presente nei sistemi basati sul modello della parte civile ma la domanda corretta è chiedersi quale sia il suo basilare e fondamentale minimo contenuto da pretendere perfino in essi. Incidentalmente non è condivisibile la preoccupazione sulla configurazione della vittima come una terza parte sulla base dell'osservazione che attribuire alla vittima la qualità di opponente processuale del reo sarebbe di fatto maggiormente un onere piuttosto che un vantaggio (Groenhuisen 1996: 170). Almeno nell'esperienza italiana l'onere è facilmente condi-

viso con la pubblica accusa. Il dibattito sul modello della parte civile è al contrario più giustamente focalizzato sullo sbilanciamento asimmetrico che si produrrebbe a sfavore dell'imputato nei procedimenti in cui la parte civile è costituita. Coloro che difendono i diritti dell'imputato contestano che nel modello della parte civile il processo non è trilaterale ma un ingiusto conflitto di due parti contro un'altra. In effetti in Italia nel 1989 furono introdotte alcune norme per scoraggiare la costituzione di parte civile o almeno facilitare la separazione tra il processo civile e quello penale in modo da evitare la sistematica partecipazione della vittima al processo penale. Non vi sono ricerche empiriche focalizzate sull'influenza della partecipazione della vittima come parte civile ai processi penali sull'esito finale così che non è possibile affermare se l'assoluzione viene pronunciata più difficilmente nonostante seri elementi di dubbio o la pena più severa rispetto ai procedimenti penali in cui la parte civile non si è costituita. Non è di poco pregio ricordare che la parte civile ha generalmente titolo a descrivere le conseguenze e l'impatto della vittimizzazione per supportare la propria domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno e non si può esprimere in modo vincolante sull'imputazione oppure indicare la quantità e la qualità della pena così come per la maggior parte assentito dall'European Forum in Falkirk (Groenhuijsen 1996: 171). Nonostante non sia auspicato dagli stessi vittimologi, né rientri nel fine politico del movimento in favore di diritti delle vittime, se la vittima non desidera la conciliazione, occorre ammettere che controbilanciare i diritti dell'imputato e inserire la partecipazione nella vittima nel processo penale oltre il semplice *status* di testimone, aggiunge un conflitto orizzontale al già sussistente conflitto verticale tra lo Stato e l'imputato. È significativo l'aspro dibattito sull'influenza sostanziale dei *victim impact statement* (USA) o *victim personal statement* (UK), dichiarazioni sugli effetti delle conseguenze del crimine in relazione alla vittima e alla sua vita che la stessa può sottoporre al

giudice in alcuni sistemi di *common law* dopo il verdetto e al momento della determinazione della pena, introdotti nel modello quale forma di partecipazione e in attuazione del diritto di presentare alla corte i propri punti di vista. Negli Stati Uniti addirittura la critica su tale modello (che noi abbiamo chiamato il paradigma del conflitto nella giustizia orientata alla vittima) ha raggiunto le dimensioni di un contro-movimento sociopolitico. Circa quattrocentocinquanta docenti di diritto hanno sottoscritto una lettera di protesta contro l'emendamento federale sui diritti delle vittime, condividendo una forte opposizione all'enfaticizzazione e al rinforzo della partecipazione della vittima nel processo penale. La loro obiezione riposa sul postulato che essa è suscettibile di influenzare il giudizio sulla responsabilità e la determinazione della pena finendo per servire meramente gli scopi di vendetta e di rivendicazione di almeno una parte delle vittime (O'Hara 2005: 230). D'altro canto gli studi empirici mostrano che la quota di vittime che desiderano pene più severe o senza benefici è generalmente alquanto bassa (13% nella South Australia Victim Commissioner survey 1990 che abbiamo già richiamato ad esempio), e la ricerca sugli effetti delle dichiarazioni delle vittime nei sistemi di *common law* sulla misura della pena comminata dai giudici non è conclusiva e presenta delle problematiche epistemologiche (Doerner, Lab 2002: 347-48). Queste obiezioni e preoccupazioni sono dunque parzialmente nel mito ed alquanto ingiustificate, ma occorre considerare che l'istituto dei *victim impact statement* (USA) e *victim personal statement* (UK) non sono in alcun modo assimilabili ad una piena partecipazione al processo come avviene nel modello della parte civile. Pertanto il vero problema è chiedersi se l'attiva partecipazione della vittima al dibattimento o ad altri stadi o fasi del procedimento possa eventualmente avere un effetto imprevedibile e indesiderato sull'attribuzione della responsabilità e la determinazione della pena nei confronti del reo. Uno studio empirico è alquanto difficoltoso

poiché vi sono troppe variabili che agiscono sull'attribuzione della responsabilità e la determinazione della pena nel processo penale, quali le circostanze aggravanti ed attenuanti anche non formalmente previste, il profilo socio demografico del reo, e così via per riuscire a separare in modo corretto l'influenza della partecipazione della vittima su di essi in entrambi i modelli.

Poi è possibile avanzare un'ulteriore considerazione. In alcune giurisdizioni ove è consentita la costituzione di parte civile il giudice penale può trasferire in sede civile la domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno se la ritiene "troppo complicata" da affrontare in sede penale. Questo è considerato da alcuni troppo a detrimento della vittima (Brienen, Groenhuijsen and Hoegen 2000), rimarcando che è una facile via di fuga per i giudici che non vogliono occuparsi anche di tale domanda nel corso del procedimento penale. Secondo tali critici è questa la ragione per cui le riforme correlate all'introduzione di forme adesive alla pubblica accusa di partecipazione della vittima nel processo penale sarebbero state fallimentari nella pratica. Al contrario nell'esperienza italiana e sua cultura giuridica, sebbene i costi non semplicemente economici ma in termini temporali apparentemente superino i benefici, le vittime non infrequentemente scelgono la costituzione di parte civile. Ne è un riflesso nella cultura giuridica nostrana la costituzione di parte civile cosiddetta *nummo uno*, cioè quando la vittima si costituisce parte civile per partecipare attivamente al processo penale ma i danni richiesti non manifestamente inconsistenti oppure perfino non effettivamente se non formalmente reclamati o specificati, ovvero ancora quando il diritto alle restituzioni e al risarcimento nel caso specifico è controverso. Da un punto di vista socio-giuridico le procedure adesive e la vera e propria costituzione di parte civile tendono maggiormente ad attribuire potere alla vittima, diritti come armi, per il controllo del processo penale piuttosto che un effettivo rimedio per ottenere le restituzioni e il risarcimento, una concreta ripara-

zione economica. È più importante controllare il corso e l'esito del procedimento penale come una piena parte processuale ed avere la possibilità di esprimere i propri punti di vista o sottoponendo all'attenzione del giudice l'impatto della vittimizzazione, anche lasciando l'effettiva determinazione dell'ammontare del risarcimento ad un ulteriore separato procedimento civile con un costo in termini temporali.

Il modello ibrido giapponese è un'interessante operazione di ingegneria giuridica e ha cercato di fondere di fatto gli appena descritti principali modelli del paradigma del conflitto. Nel giugno del 2007, una legge di riforma e di emenda di parte del codice di procedura penale con l'intento di fornire tutela dei diritti e degli interessi delle vittime del reato (Act Amending Part of the Code of Criminal Procedure with the Aim of Protection of the Rights and Interests of Crime Victims) ha introdotto una serie di diritti per queste ultime affinché possano partecipare ai processi penali e utilizzare l'esito di questi per le domande di restituzione e risarcimento del danno, anche se sostanzialmente limitati alle vittime di reati dolosi come l'omicidio, le lesioni, la violenza sessuale, l'arresto o del fermo illegale, le lesioni o morte causate da negligenza nella guida di autoveicoli, seppure includendo il coniuge, i germani e i diretti familiari nel caso in cui le vittime siano decedute o abbiano sofferto un grave danno fisico o mentale. L'ufficio generale della pubblica accusa in Giappone ha anche pubblicato una specie di libretto "*For Victims of Crime*" per promuovere la partecipazione delle vittime e la consapevolezza dei diritti introdotti e dei servizi disponibili. La partecipazione al processo penale è subordinata all'autorizzazione della Corte ed è bene sottolineare che i connessi diritti della vittima non sono pieni completi come nel modello della parte civile, ma intermedi potendo la vittima – anche delegando un proprio avvocato – rivolgere domande all'imputato quando ciò sia reputato necessario al fine di sostenere le proprie opinioni, ai testimoni della difesa con riferimento a temi

necessari per testare l'attendibilità della loro testimonianza e dopo l'esaurimento dell'istruttoria può esprimere il proprio parere dinanzi alla Corte riguardo i fatti contestati all'imputato e profili giuridici di applicazione della legge.

Il paradigma della pacificazione nella giustizia orientata alla vittima ha tre differenti modelli applicativi ben noti e conosciuti nella letteratura sulla giustizia riparativa e che non necessitano pertanto di particolare approfondimento: il modello della "mediazione", il modello della "conferenza" ed il modello dei "circoli". Vi è solo da notare che secondo l'approccio della giustizia orientata alla vittima essi sono alquanto differenti per ciò che riguarda il ruolo e il grado di partecipazione della vittima, stesso criterio che abbiamo adottato per distinguere fra loro i modelli del paradigma del conflitto. I programmi e le pratiche modellati sul modello della mediazione tendono ad essere maggiormente focalizzati sulla vittima (e sul reo) e sulla soluzione del loro conflitto rispetto ai modelli dei circoli all'altro estremo della scala, dove perfino il crimine commesso può perdere significatività nell'economia del processo. Questo è dovuto al fatto ad esempio che specialmente nei crimini minorili, membri della famiglia e amici intimi e fidati possono anche partecipare alle conferenze invece dell'incontro uno ad uno tipico dei programmi fondati sul modello della mediazione. I circoli a loro volta sono estesi a membri della comunità al di fuori della cerchia intima o perfino sconosciuti alla vittima e al reo. Il fuoco del processo di pacificazione così tende a scivolare e a traslare dal conflitto interpersonale ai più generali problemi della comunità nei quali esso potrebbe anche iscriversi solo superficialmente. Un'altra importante caratteristica che segna la loro differenza è il differente livello di relazionalità degli opposti partecipanti al processo di pacificazione. Nella mediazione la prospettiva è a livello della relazionalità individuale mentre passando attraverso le conferenze e i circoli si passa al livello dell'intera collettività interessata da un processo di pacificazione più

generale. Questo influisce sulla teleologia del modello perché il modello della mediazione tende a prestare maggiore attenzione alla conciliazione e alla riparazione nei confronti della vittima mentre all'altro estremo della scala i circoli tendono a prestare maggiore attenzione alla "pace sociale", anche indipendentemente da quella. Questo modella in modo molto differente il processo di pacificazione del conflitto, il ruolo della vittima in esso e l'esito finale secondo la prospettiva di quest'ultima. In base a tale criterio proprio del punto di vista di una giustizia orientata alla vittima e alla sua partecipazione ed *empowerment and participation*, si dovrebbero qualificare il modello dei circoli come "debole" e dall'altro lato il modello della mediazione come "pieno".

In conclusione è bene notare alla fine che vi sono numerose preoccupazioni e riserve sull'attiva partecipazione e coinvolgimento della vittima nel processo penale e segnatamente nei processi decisionali del sistema della giustizia penale, condivise nell'ambito di diverse giurisdizioni nonostante le differenze e le possibili distanze fra i delineati modelli del paradigma del conflitto la cui prospettiva si limita a spingere il conflitto a continuare nell'arena giuridica concependo i diritti come armi, con possibile squilibrio rispetto alla posizione del reo imputato, mentre il giustapposto paradigma della pacificazione dà potere e controllo sulla decisione finale ad entrambi ed ulteriormente persegue lo scopo, certamente maggiormente desiderabile nelle nostre contemporanee società civilizzate, della cessazione del conflitto derivante dal crimine e della pace sociale. Ciò sembra suggerire che sia importante minimizzare anche qualora siano minimi effetti collaterali a detrimento della posizione del reo nelle riforme dei sistemi della giustizia penale secondo politiche orientate alla vittima, adottando un contributo bilanciato di entrambi i paradigmi, se non dando prevalenza a quello della pacificazione, indipendentemente dal modello si intenda adottare in corrispondenza alle differenti giurisdizioni e tradizioni giuridiche.

## References

- Brienen M. - Groenhuijsen M. - Hoegen E., (2000), *Evaluation and Meta-Evaluation of the Effectiveness of Victim-Oriented Legal Reform in Europe* in *Criminologie*, vol. 33, n. 1.
- Christie N., (1977), *Conflicts as Property*, *British Journal of Criminology*, vol. 17, n. 1, 1-15.
- Dandurand Y. - Griffiths C. T., (2006), *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) United Nations, New York, NY.
- David R. - Jauffret-Spinosi C., (1992), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris.
- Doerner W.G. - Lab S.P., (2002), *Victimology*, Anderson, Cincinnati.
- Erez E. - Kilchling M. - Wemmers J., (2011), *Therapeutic Jurisprudence and Victim Participation in Justice: An Introduction* in Erez E. - Kilchling M. - Wemmers J. (Eds.), *Therapeutic Jurisprudence and Victim Participation in Justice* Durham (NC), Carolina Academic Press.
- Elias R., (1993), *The Political Manipulation of Crime Victims*, Sage Publications, Newbury Park, California;
- Fattah E.A., (1992), *Towards a Critical Victimology*, Macmillan, London.
- Fattah E.A., (1991), *Understanding Criminal Victimization. An Introduction to Theoretical Victimology*, Prentice-Hall, Scarborough.
- Gerber R. J., Johnson J. M., (2007), *The top ten death penalty myths: the politics of crime control*, Praeger, Greenwood Publishing Group, Westport (CT).

- Groenhuijsen M., (1996), *Conflicts of Victims' Interests and Offenders' Rights in the Criminal Justice System. An European Perspective*, in Chris Sumner, Mark Israel, Michael O'Connell and Rick Sarre (Eds.), *International victimology: selected papers from the 8th International Symposium: proceedings of a symposium held 21-26 August 1994*, AIC Conference Proceedings n. 27, Canberra.
- Handbook for Justice for Victim, (1999), *On use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victim of Crime and abuse of Power*, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, Centre for International Crime Prevention, New York.
- Jerin R.A., (2004), *The Status of Victimological Research and Victims' rights in the United States*, in *International Perspectives in Victimology*, TIVI Journal, 1, 1.
- Johns C.H.W., (1910), *Babylonian Law-The Code of Hammurabi*, Commentary, The Encyclopaedia Britannica, 11<sup>th</sup> ed, New York.
- Kirchhoff G., (2005), *What is victimology*, Monograph series no.1, Tokiwa International Victimology Institute, Seibundo Publ., Tokyo.
- O'connell M., (2007), *Victims' Rights. Why is a Commissioner necessary?*, Presentation at 7th Asian Post Graduate Course on Victimology and Victim Assistance, 30<sup>th</sup> July-10<sup>th</sup> Aug., Mito, Ibaraki, Japan;
- O'connell M., (2009), *Victims' Rights are too often overlooked as Human Rights*, Human Rights Consultation, Parliament House, Canberra, ACT, 1 July.
- O'hara E.A., (2005), *Victim Participation in the Criminal Process*, *Journal of Law and Policy*, 13, 229-247.
- Pinker S., (2011), *Better Angels of our Nature. Why Violence has Declined*, Viking, New York.
- Saponaro A., (2009) *Victimology: A sociology of victim as well?*, in Winkel F.W., Friday P., Kirchhoff G., Letschert R.M. (Eds.), *Vic-*

- timization in a multidisciplinary key: recent advances in victimology*, Selection of paper presented at 12<sup>th</sup> International Symposium on Victimology, 2006, Orlando, Florida, USA, Wolf Legal Publisher, Nijmegen.
- Saponaro A., (2010) *Victim Rights Approach in Victimology: Darks and Lights in the Italian Victim-oriented Crime Policies*, Studi e Ricerche, Collana Scientifica Complexa, Dipartimento di Bioetica, Università degli Studi "Aldo Moro", Cacucci Editore, Bari.
- Schafer S., (1977), *Victimology. The Victim and His Criminal*, Reston Publ., Reston, Virginia.
- Strang H., (2001), *Restorative Justice Programs in Australia*, Report to the Criminology Research Council, Australian Institute of Criminology, Canberra.
- Van Dijk J.J.M., (2006), *Victims' Rights in International Criminal Law*, paper presented at the International Conference on Action for Crime Victims, Rome, 19-21 Gennaio 2006, University "La Sapienza", Ministry of Interior, John Jay College NY.
- Viano E.C., (1991), *Background document. Task force on victims' right and the justice system*, in Viano E.C., Proceedings of the Sixth International Institute on Victimology, Victim's Rights and Legal Reforms: International Perspective, Onati, I.I.S.L., (Vitoria-Gasteiz).
- Viano E.C., (2002), *Stereotyping and Prejudice. Crime victims and Criminal Justice System*, in Shichor D. - Tibbets S. G. (Eds.), *Victims and Victimization. Essential readings*, Waveland, Prospect Heights.
- Van Ness D., (1993), *New wine in old wineskins: four challenges of restorative justice*, Criminal Law Forum, vol. 4.
- Wexler D.B., (2008a), *Rehabilitating Lawyers: Principles of Therapeutic Jurisprudence For Criminal Law Practice*, Durham, NC, Carolina Academic Press.
- Wexler D.B., (2008b), *Two Decades of Therapeutic Jurisprudence*, 24 Touro L. Rev. 17.

Wexler D. - Winick, B., (1991), *Essays in Therapeutic Jurisprudence*, Carolina Academic Press Durham, NC.

Winick B., (2011), *Therapeutic Jurisprudence and Victims of Crime*, in Erez E. - Kilchling M. - Wemmers J. (Eds.), *Therapeutic Jurisprudence and Victim Participation in Justice* Carolina Academic Press, Durham, NC.





# Panorama européen des organismes d'aide aux victimes

di Olivia Mons\*

## 1. Contexte européen des droits des victimes

L'Europe, dans le domaine qui nous intéresse, celui de l'aide aux victimes est régi par le programme de Stockholm « justice, liberté et sécurité » pour 5 ans depuis 2010. Attenant à ce programme, existe un plan d'actions. Les objectifs généraux sont de traiter toutes les victimes avec respect et dignité. De manière égale, quel que soit le pays où est commis l'infraction, quelle que soit la nationalité de la victime, et enfin, que les décisions judiciaires soient cohérentes les unes avec les autres.

Le programme de Stockholm établit les priorités de l'Union européenne (UE) dans le domaine de la justice, de la liberté et de la sécurité pour la période 2010-2014.

Afin de garantir une Europe sûre où les libertés et les droits fondamentaux des citoyens sont respectés, le programme de Stockholm est axé sur les priorités suivantes :

\* In coda all'originale riproponiamo l'articolo tradotto in italiano (a cura della redazione).

\*\* Responsable de la Communication à l'INAVEM.

### *L'Europe des droits*

La citoyenneté européenne doit évoluer d'une notion abstraite vers une réalité concrète.

### *L'Europe de la justice*

L'accès des citoyens à la justice doit être facilité, de sorte que leurs droits soient mieux appliqués dans l'UE. Dans le même temps, la coopération entre les autorités judiciaires et la reconnaissance mutuelle des décisions de justice au sein de l'UE doivent être renforcées, dans les affaires civiles et pénales.

### *L'Europe qui protège*

Elle mettra l'accent sur la lutte contre la criminalité transfrontalière, notamment :

- la traite des êtres humains,
- les abus sexuels, l'exploitation sexuelle des enfants et la pornographie infantile,
- la cybercriminalité,
- la criminalité économique, la corruption, la contrefaçon et la piraterie,
- les stupéfiants.

L'accès à l'Europe + L'Europe de la solidarité + L'Europe et la mondialisation

La grande ambition de l'Europe est de faire valoir ces principes malgré des différences de procédures, même si la grande majorité des pays européens, comme l'Italie ou la France sont de droit latin, ou romain où la victime a une véritable place dans le procès pénal. Il existe également des pays de droit anglo-saxon « common law » (Irlande, Royaume Uni) ou encore des mixtes (Ecosse)

#### *1.1. Pour la victime : des différences fondamentales*

Dans les pays de droit anglo-saxon :

- une place primordiale est accordée à la jurisprudence, et non à la loi,

- la victime n'est pas représentée dans le procès pénal,
- elle n'est pas une partie au procès pénal,
- elle ne peut être qu'un témoin des faits,
- la procédure est accusatoire et ce sont les avocats des parties qui enquêtent et défendent la version des faits.

Dans les pays de droit romain :

- le droit est régi par les codes (pénal et de procédure pénale en France, code criminel souvent ailleurs),
- la victime est partie prenante au procès si elle se constitue partie civile,
- elle est représentée par un avocat pour défendre ses droits,
- la procédure est dite inquisitoire et ce sont les magistrats qui ont les pouvoirs et mènent les débats.

### 1.2. Fondements des droits des victimes<sup>1</sup>

Les droits des victimes n'ont pas de valeur constitutionnelle sous réserve de quelques exceptions (Portugal et France), même s'ils reposent sur des valeurs indirectes dans les notions de « dignité », « d'égalité » valeurs que la majorité des constitutions nationales reconnaissent, et de « procès équitable ».

Pour le Portugal : le droit d'intervention de la victime à la procédure est inscrit dans la constitution. Quant la France, c'est le droit à réparation de la victime d'un dommage causé par une faute civile.

<sup>1</sup> Cf. La clarification des fondements européens de Marie-Laure LANTHIEZ Docteur en droit UMR de droit comparé Paris I Sorbonne in *La victime sur la scène pénale en Europe* PUF 2008

Pour les fondements des droits des victimes en Europe, il y a deux grands axes : le Conseil de l'Europe et l'Union européenne.

### 1.3. Le Conseil de l'Europe

Le texte de base est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) votée en 1950 et entrée en vigueur en 1953. La cour européenne des droits de l'homme alimente largement les obligations aux Etats (droit pré-torien).

Ce texte est issu du Conseil de l'Europe, créé en 1949 avec maintenant 47 Etats membres dont l'objectif est de défendre les droits de l'homme et de la démocratie.

C'est sous l'égide des droits de l'homme, que le sujet de la « victime » d'infraction pénale est devenu un sujet privilégié.

Exemple de droit pré-torien : le caractère inconditionnel du droit de ne pas être torturé de l'article 3 de la CEDH a conduit la Cour à affirmer le droit à l'établissement et à l'application effective d'une législation réprimant toutes les formes de viol et d'abus sexuels (Cour EDH M.C. contre Bulgarie 4/12/2003).

La CEDH a donné naissance au droit européen.

Ce système juridique est aussi composé de conventions spécifiques aux victimes sur :

- le dédommagement des victimes d'infractions violentes (24/11/1983)
- lutte contre la traite des êtres humains (03/05/2005)
- la prévention du terrorisme (16/11/2005).

Le comité des ministres du Conseil de l'Europe adopte également des **recommandations** : Rec(85)11 sur la position de la victime dans le cadre du pénal et de la procédure pénale; Rec(87)21 sur l'assistance aux victimes et prévention de la victimisation ; Rec(2006)8 sur l'assistance aux victimes d'infractions. Celle-ci ins-

crit tout ce qu'il faudrait faire pour les services d'aide aux victimes et parle de la notion de « victimisation secondaire » : c'est-à-dire une victimisation qui va résulter du fonctionnement ou de la réponse inappropriée qui est apportée à la victime par les institutions ou un individu.

Même si ces recommandations n'engendrent pas d'obligations à la charge des Etats, elles participent à la formation du droit des victimes au niveau européen. Il existe également des résolutions, notamment celle relative aux victimes d'infractions<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> 27<sup>e</sup> Conférence des Ministres européens de la Justice « La place, les droits et l'aide aux victimes » 12 et 13 octobre 2006 - RÉSOLUTION No 1 relative aux victimes d'infractions

1. Les Ministres participant à la 27<sup>e</sup> Conférence des Ministres européens de la Justice ; 2. Après avoir discuté du thème « La place, les droits et l'aide aux victimes » et, notamment, de l'aide à apporter aux catégories de victimes vulnérables ; 3. Eu égard aux très nombreuses normes élaborées par le Conseil de l'Europe dans ce domaine et soulignant que ces normes doivent être largement diffusées, défendues et mises en œuvre concrètement ; 4. Se félicitant, en particulier, de la Recommandation Rec (2006) 8 sur l'assistance aux victimes d'infractions qui prévoit de nombreuses et efficaces mesures d'assistance pour les victimes de toutes les catégories d'infractions, y compris les victimes du terrorisme et les victimes les plus vulnérables ; 5. Eu égard au rapport d'avancement sur les futurs domaines d'activités du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre le terrorisme, élaboré par le Comité d'experts sur le terrorisme (CODEXTER) et aux décisions du Comité des Ministres adoptées sur cette base ; 6. Conscients de l'intérêt croissant manifesté par le public à l'égard des victimes d'infractions qui se trouvent en situation précaire, que ce soit du point de vue psychologique, social, économique ou physique pour qu'il soit pleinement tenu compte de leur besoins ; 7. Reconnaissant que, pour bénéficier d'une aide ou pour faire valoir leurs droits, les victimes sont dans l'obligation d'entreprendre un certain nombre de démarches qui, si elles sont inappropriées ou complexes, peuvent contribuer au phénomène de victimisation secondaire ; 8. Convaincus de la nécessité de réduire le risque de victimisation secondaire, notamment par des démarches simplifiées et un accès facilité aux institutions compétentes pouvant aider les victimes à obtenir une

#### 1.4. *L'Union Européenne : la législation communautaire*

L'Union européenne s'est fixé l'objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice, dont la pierre angulaire est le principe de la reconnaissance mutuelle des jugements et autres décisions d'autorités judiciaires en matière civile et pénale dans l'Union.

assistance; 9. Considérant en outre que, parallèlement aux mesures prévues par la procédure pénale, des voies de recours civiles et, le cas échéant, administratives ou autres devraient leur être proposées; 10. Soulignant que la personne qui commet un crime est en premier lieu responsable de ses conséquences et du dédommagement de la victime; 11. Soulignant, en outre, qu'une couverture d'assurance peut être apportée par des systèmes tant publics que privés et que la souscription d'une assurance facultative adéquate est de la responsabilité de l'intéressé(e); 12. Conscients du rôle important des systèmes d'indemnisation dans l'expression de la solidarité sociale à l'égard des victimes ainsi que du rôle et de l'impact réels et potentiels du secteur des assurances dans le dédommagement des victimes d'infractions et de la grande diversité des moyens permettant de structurer et de financer juridiquement et institutionnellement les indemnisations; 13. Conscients de la nécessité de prévenir et de traiter la violence et se félicitant de l'élaboration en cours d'une convention contre l'exploitation sexuelle des enfants ainsi que du lancement, en novembre 2006, d'une nouvelle campagne du Conseil de l'Europe pour combattre la violence à l'égard des femmes, y compris la violence intrafamiliale; 14. Particulièrement préoccupés par l'étendue de la violence intrafamiliale, en particulier à l'encontre du partenaire, et inquiets pour les membres de la famille qui sont témoins de cette violence et déterminés à poursuivre l'action initiée par le Conseil de l'Europe pour combattre la violence intrafamiliale, telle que démontrée dans la Recommandation Rec (2002) 5; 15. Soucieux d'accroître l'attention portée au phénomène de violence à l'encontre du partenaire et conscients qu'une telle violence peut se fonder sur des préjugés discriminatoires en terme d'inégalités résultant du genre, de l'origine et de la dépendance économique; 16. Se référant à la Déclaration et au Plan d'action adoptés lors du Troisième Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement du Conseil de l'Europe; 17. Se félicitant des contributions nationales et prenant note des propositions y contenues; 18. RECONNAISSENT qu'une protection efficace et complète des victimes dans leur rôle de témoins

En ce qui concerne les droits des victimes dans les procédures pénales, l'Union a déjà pris des mesures au moyen de la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales. Ce texte pose des normes minimales de protection des victimes de la criminalité (indemnisation et assistance des victimes).

exige une approche pluridisciplinaire ; 19. DECIDENT de promouvoir au niveau national et international des mesures visant à améliorer l'aide aux victimes et leur protection contre la victimisation répétée et secondaire ainsi que pour assurer, dans la mesure du possible, leur rétablissement psychologique, social et physique et l'indemnisation adéquate du préjudice subi ; 20. RECOMMANDENT, en particulier, que le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe veille à ce que les activités du Conseil de l'Europe dans le domaine de la formation des forces de police et du personnel de justice contiennent un volet sur le comportement approprié à adopter face aux personnes vulnérables, et notamment les victimes ; 21. INVITENT le Comité des Ministres à promouvoir plus encore les normes relatives aux victimes en les prenant en compte dans le travail du Conseil de l'Europe, notamment en ce qui concerne les personnes et les organismes en contact avec les victimes, tels que les autorités judiciaires et répressives ; 22. INVITENT le Comité des Ministres à charger le Comité européen de coopération juridique (CDCJ), en coopération avec d'autres organes compétents du Conseil de l'Europe, d'étudier la question des voies de recours civiles, administratives et autres à mettre à la disposition des victimes d'infractions, afin de réduire le risque de victimisation secondaire et de favoriser le rétablissement des victimes d'infractions et l'indemnisation adéquate du préjudice subi et, à cet effet, de recenser et d'analyser les meilleures pratiques existantes : i) en ce qui concerne les voies de recours civiles, administratives ou autres destinées à protéger les intérêts des victimes, notamment la fourniture d'informations sur les procédures, procédures simplifiées, l'aide et le conseil juridique avant, pendant et après le déroulement des procédures pénales, civiles ou administratives en tenant compte des besoins des catégories de victimes particulièrement vulnérables (par exemple les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées) ; ii) en ce qui concerne le rôle des régimes de fonds publics ou privés d'assurance pour garantir l'indemnisation des préjudices subis par les victimes ; iii) en ce qui concerne le rôle des autorités, des organisations et des person-

Or, si des progrès ont été accomplis dans ce domaine, les objectifs de cette décision-cadre ne sont pas pleinement atteints.

Les textes européens sur le droit des victimes n'ont pas pour fondement le « droit à la sécurité » (les victimes d'atteintes aux biens relèvent du système national) et ils ne protègent expressément que les victimes de certaines atteintes :

nes qui s'occupent des victimes et les représentent, notamment eu égard aux victimes vulnérables ; en vue de faire des propositions au Comité des Ministres sur les suites éventuelles à y donner ; 23. INVITENT le Comité des Ministres à charger le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) : 1° - Assistance aux victimes d'infractions d'examiner et de promouvoir, en coopération avec d'autres organes compétents du Conseil de l'Europe, la mise en oeuvre de la Recommandation Rec (2006) 8 sur l'assistance aux victimes d'infractions ; 2° - La violence intrafamiliale, en particulier à l'encontre du partenaire a. d'examiner, en coopération avec d'autres organes compétents du Conseil de l'Europe, les mesures concernant la violence à l'encontre du partenaire qui figurent, notamment, dans l'annexe à la Recommandation Rec (2002) 5 sur la protection des femmes contre la violence afin de déterminer la faisabilité et la nécessité d'un instrument juridique additionnel du Conseil de l'Europe sur la violence à l'encontre du partenaire qui tiennent compte des discussions qui ont eu lieu lors de cette Conférence ; b. de rendre compte au Comité des Ministres des résultats de cet examen afin qu'il puisse décider de la nécessité pour le Conseil de l'Europe d'entreprendre des travaux dans ce domaine, éventuellement sous la forme d'un instrument international normatif destiné à lutter contre la violence intrafamiliale, en particulier à l'encontre du partenaire ; 3° - Prévention de la criminalité, justice réparatrice et médiation en tenant compte des discussions qui ont eu lieu lors de cette Conférence, d'envisager de nouvelles activités traitant des aspects techniques et juridiques qui concernent la prévention de la criminalité, en particulier la criminalité visant les victimes vulnérables, ainsi que la justice réparatrice, y compris la médiation (afin notamment d'examiner la mise en oeuvre de la Recommandation de 1999 sur la médiation en matière pénale No. R (99) 19) ; 24. DEMANDENT au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de rendre compte, à leur prochaine conférence, des mesures prises pour assurer l'application de la présente Résolution.

- la torture,
- la traite des êtres humains,
- la discrimination,
- le terrorisme,
- ou plus généralement les infractions violentes.

C'est-à-dire des comportements qui heurtent la conscience collective, la notion d'ordre public européen. Et il existe même des directives contraignantes pour toutes ces victimes particulières.

On pourrait rattacher ce débat des victimes d'infractions en général et des victimes d'infractions particulières à la distinction pour ne pas dire la séparation parfois qui existent entre les associations d'aide aux victimes généralistes (et professionnelles) présentes au sein de Victim Support Europe, les associations spécialisées dans ces typologies d'infractions ou des victimes particulières, et les associations de victimes créées par et pour des victimes.

Nous disons en France et en Europe que chacun a sa place à tenir mais avec sans doute une primauté aux associations généralistes pour poser un diagnostic global sur les conséquences de l'infraction et pour une question d'égalité de traitement également, principe cher à l'Europe.

## 2. Contexte européen de l'aide aux victimes

Depuis quelques décennies, les Etats européens mettent en œuvre des politiques de valorisation des victimes et de l'assistance qu'il faut leur fournir<sup>3</sup>.

Les textes proposent des mesures très variées répondant à la définition de la victime (préjudice corporel, mental, souffrance mo-

<sup>3</sup> Cf. les politique supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation, de Giulietta Gamberini, doctorante Paris I Sorbonne, in *La victime sur la scène pénale en Europe* PUF 2008.

rale ou perte matérielle) qui vont jusqu'à prendre en compte des formes d'assistance sociétale (services publics et privés) :

- Aide pour faire valoir et comprendre ses droits (réception d'information, rôle dans la procédure),
- Aide matérielle
- Aide financière par la prise en charge publique des préjudices consécutifs aux infractions<sup>4</sup>
- Aide psychologique (prévue dans la recommandation de 2006 mais seulement intégrée en tant que telle dans la proposition de directive de mai 2011).

Quand on parle d'aide aux victimes dans la décision-cadre de 2001, on parle essentiellement de l'article 13, c'est-à-dire l'aide fournie par **les services spécialisés et organismes d'aide aux victimes**, qui stipule :

1. *Chaque État membre soutient, dans le cadre de la procédure, l'intervention de services d'aide aux victimes chargés d'organiser l'accueil initial ainsi que le soutien et l'assistance ultérieurs des victimes, soit en mettant à la disposition de celles-ci, au sein de ses services publics, des personnes ayant reçu une formation spéciale, soit en reconnaissant et en finançant les organismes d'aide aux victimes.*
2. *Chaque État membre favorise l'intervention, dans le cadre de la procédure, de ces personnes ou des organismes d'aide aux victimes, notamment pour :*
  - a) *fournir des informations aux victimes;*
  - b) *apporter une aide aux victimes en fonction de leurs besoins immédiats;*

<sup>4</sup> Pour le régime d'indemnisation étatique assorti de mesure de coopération judiciaire : Directive 2004/80/CE du 29/04/2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité.

*c) accompagner les victimes, si cela est nécessaire et possible au cours de la procédure pénale;*

*d) aider les victimes, à leur demande, après la clôture de la procédure pénale.*

Dans le premier paragraphe, arrêtons nous sur « l'accueil initial » et, « le soutien et l'assistance ultérieurs ». Ces notions de durée de l'accueil et de l'accompagnement est très importante, car le temps judiciaire et le temps de la victime sont très différents, tout comme le temps médiatique.

Ce dernier peut être très intense et très court, la victime, quant à elle, souhaite avoir des avancées rapides et être tenues au courant de la procédure judiciaire régulièrement, or le temps de la justice est plutôt un temps long, et qui, malgré un certain nombre de droit qui vont dans le sens d'une information de la partie civile régulière, a tendance à oublier quelque peu la victime. C'est donc un de des missions primordiales de l'organisme d'aide aux victimes que d'être à la disposition des victimes, quand elles en ressentent le besoin, quand elles se sentent abandonner de tous. C'est aussi dans cette perspective que, la France par exemple, a installé dans les services de police un intervenant associatif qui sert d'interface entre les policiers qui se consacrent à l'enquête et les victimes qui veulent avoir des informations.

### *2.1. Evaluation de la mise en œuvre de la décision-cadre 15/03/2001. Rapports de la commission 2004 et 2009<sup>5</sup>*

L'objectif général de la décision cadre était d'établir et de garantir dans toute l'Union Européenne un niveau élevé et comparable de

<sup>5</sup> Pour 2004 : COM(2004)54 final et annexe et, pour 2009 COM(2009) 166 final.

protection aux victimes, indépendamment de l'État membre dans lequel elles se trouvent.

En 2004, seuls dix États membres avaient répondu aux sollicitations de l'Union Européenne pour l'évaluation et en 2009, il s'avère que les documents transmis ne répondent que très partiellement à la totalité des dispositions. Néanmoins, si on veut reprendre article par article les avancées en droit national :

*Article 1 : Définitions* : la majorité des États n'a pas attaché grand intérêt à cet article, même si l'étude des dispositions nationales communiquées n'a pas révélé de divergences terminologiques ayant cet effet.

*Article 2 : Respect et reconnaissance, statut des victimes et dignité* : compte tenu du caractère essentiellement déclaratif du premier paragraphe de ce deuxième article, aucun État n'a donné de véritable statut à la victime. Néanmoins, cela pose la question de la dénomination « statut ». Faut-il donner à la victime d'infractions un véritable statut qui pourrait s'illustrer comme en France pour les victimes de terrorisme par une carte mentionnant cette qualité. Pour l'INAVEM, si la reconnaissance de la personne victime est primordiale, que la société, la Justice doit la reconnaître en tant que telle. La victime ne doit pas être stigmatisée et idéalement, l'aide et la reconnaissance doivent faire en sorte que la victimisation ne soit qu'un état temporaire et en aucun un « statut » définitif, d'où la personne aurait du mal à sortir. Même si nous savons bien que dans certains cas, quand la douleur est trop grande, les choses ne seront jamais comme avant, le but de l'aide aux victimes doit être remettre, autant que faire se peut, la victime dans la situation antérieure. C'est en tout cas, d'un point de vue indemnitaire, ce que signifie le concept de réparation intégrale des préjudices.

Dans le second paragraphe, il est question des victimes particulièrement vulnérables. Même s'il n'y a pas de définition de cet état de vulnérabilité dans le texte, la majorité des États offrent des garanties particulières à ce type de victimes. Les mesures de pro-

tection diffèrent selon la définition nationale adoptée et les moyens mis en œuvre sont également différents.

« Ainsi, si l'on retrouve à plusieurs reprises l'enregistrement sonore ou audiovisuel de l'audition de la victime (Luxembourg, Allemagne, Autriche, Belgique, Royaume Uni), l'Espagne et la Finlande n'ont fait que mentionner l'existence d'un soutien financier à ces victimes. » En 2009, des précisions ont été apportées sur ce que pouvaient recouvrir la vulnérabilité : fragilité physique ou mentale (mineurs et handicapés physiques), ou bien situations pouvant créer une telle fragilité (violences familiales, infractions à caractère sexuel, terrorisme, traite d'êtres humains), parfois c'est un mélange des deux qui existent : catégories de personnes vulnérables et dans le cas de certaines infractions grave.

*Article 3 : Audition et fourniture de preuves*

La plupart des pays (Allemagne, Autriche, Belgique, Finlande, Italie, Espagne, France, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal) font état de la possibilité pour la victime de se constituer partie civile, elle est donc titulaire de droits et peut solliciter des actes (auditions de témoins, fournitures d'éléments de preuve. La victime n'est pas partie à la procédure pénale dans les pays de common law, mais le droit d'être entendu est reconnu au Grande Bretagne et en Irlande.

*Article 4 : Droit de recevoir des informations sur la procédure*

En début de procédure, les informations fournies sur les sites Internet ne satisfont pas la décision cadre, le mieux est comme l'Espagne ou la France de faire obligation aux acteurs de la procédure pénale d'informer les victimes. Concernant les suites de l'affaire, cet article a été correctement incorporé par la majorité des Etats membres dans les législations nationales (exception faite du Danemark, de la Grèce, et du Royaume-Uni). En ce qui concerne l'article 4(2) (c) relatif à l'information sur la décision prononcée, la France ne fait aucune mention de ce type d'information dans les documents fournis. Quant à l'Italie, elle ne communique la décision du tribunal qu'aux victimes s'étant constituées parties civiles.

Les deux autres paragraphes font état de l'information et du droit à l'oubli pour les victimes quant à l'exécution des peines et notamment la remise en liberté de l'auteur. Pour la plupart des États aucune mesure contraignante ne relève ces droits, seule la Finlande a transposé directement ces deux dispositions.

*Article 5 : Garanties de communication, « atténuer les difficultés de communication »*

Les difficultés de communication pourraient être interprétées plus largement de manière à inclure la compréhension de la procédure elle-même. Pourtant tous les États membres les ont interprétées comme se limitant aux barrières linguistiques

*Article 6 : Assistance spécifique à la victime*

Les États membres sont tenus de veiller à ce que la victime ait accès, gratuitement lorsque cela est justifié, à toute forme de conseil autre que le conseil ou l'aide juridiques. Seuls dix États membres, dont la France, ont transposé cette obligation. La définition de « toute forme de conseil » varie d'un État à un autre, et va de l'assistance psychologique aux soins médicaux, en passant par les informations médicales. D'une manière générale, la mise en œuvre de cet article par les États membres est lacunaire.

Deuxièmement, les États membres sont tenus de veiller à ce que la victime ait accès à l'aide juridique lorsqu'elle peut avoir la qualité de partie à la procédure pénale. Cette disposition a été correctement transposée par la plupart des États membres.

*Article 7 : Frais exposés par la victime dans le cadre d'une procédure pénale*

Seuls l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et la Suède ont pris en compte la distinction établie par la décision-cadre entre la victime en qualité de partie ou de témoin. La plupart des États membres (sauf l'Irlande, le Royaume-Uni, les Pays-Bas et la Belgique) ont prévu la possibilité de prendre en charge les frais d'avocat dans le cas où la victime s'est constituée partie civile. En France, l'aide juridictionnelle est délivrée de manière totale ou

partielle selon, notamment les ressources financières des victimes parties civiles, mais pour les infractions les plus graves, l'aide juridictionnelle est sans conditions.

*Article 8 : Droit à une protection (sécurité, vie privée, zone d'attente séparée pour les victimes)*

L'obligation d'assurer la sécurité des victimes et de leur famille semble avoir été transposée par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Finlande, le Portugal, les Pays-Bas et la Suède. Il semble que la France l'a fait pour la protection de la victime, mais pas pour sa famille. En 2009, plusieurs pays ont communiqué des informations sur la protection du droit à l'image. Excepté pour les victimes particulièrement vulnérables, aucun texte national n'énonce le droit pour une victime de ne pas être mise en contact avec l'auteur de l'infraction.

*Article 9 : Droit à réparation dans le cadre de la procédure pénale*

La majorité des Etats membres ont estimé que la transposition de l'article 9 (1) sur le droit à une réparation dans le cadre de la procédure pénale pouvait se faire par la constitution de partie civile au pénal. Dans le nombreux Etats, il existe des mécanismes d'indemnisation par l'Etat que pour certaines victimes. Tandis que parallèlement ces Etats favorisent la réparation par l'auteur lui-même, par exemple : la remise en liberté sous caution ou conditionnelle dépend du comportement de l'auteur de l'infraction à l'égard de la victime.

*Article 10 : Médiation pénale dans le cadre de la procédure pénale*

La plupart des Etats ont des régimes qui permettent la médiation, en général avec l'accord des parties. Le Danemark réfléchit à la possibilité d'instaurer la médiation pénale d'une manière permanente à l'issue d'un projet pilote débuté en 1994 et prolongé en 2003 et 2007.

*Article 11 : Victimes résidant dans un autre Etat membre*

Grand flou encore sur cette question, sans fondement textuel fourni à la commission d'évaluation.

*Article 12 : Coopération entre États membres*

En 2009, la Grande Bretagne et la Tchéquie mentionnent le rôle joué par leurs organismes d'aide aux victimes dans le cadre du forum européen des services d'aide aux victimes (désormais appelé «Victim Support Europe»).

*Article 13 : Services spécialisés et organismes d'aide aux victimes*

La grande majorité des Etats Membres remarquent en général qu'il existe un service d'aide aux victimes, financé par l'Etat, et qui a pour mission d'informer, d'orienter et de soutenir le citoyen quant à ses droits.

Pour certains, comme l'Italie, l'assistance n'est offerte qu'à certaines catégories de victimes, tout comme la Roumanie qui offre de l'aide psychologique que pour certains types d'infractions. Si dans les faits, ces services existent, il manque de base légale et manque également pour les victimes d'infractions pénales en général.

*Article 14 : Formation professionnelle des personnes intervenant dans la procédure ou ayant des contacts avec les victimes*

Le Portugal et la Suède sont les seuls pays à avoir transposé les deux paragraphes de cet article dans leur législation nationale. Par ailleurs, il n'est pas clair que ces organismes sont financés par l'Etat membre comme cet article le prescrit.

En France, les acteurs de la procédure judiciaire reçoivent une formation initiale en général dans des écoles nationales, et de la formation continue par des organismes d'aide aux victimes. Quant aux intervenants auprès des victimes, salariés et bénévoles des associations membres et des professionnels intéressés par les victimes.

*Article 15 : Conditions pratiques concernant la situation de la victime dans le cadre de la procédure*

C'est la prévention des préjudices secondaires dont il est question et très peu d'Etats indiquent avoir pris de telles mesures. En Belgique par exemple, les services de police peuvent bénéficier de subventions pour l'aménagement de locaux, qui sont destinés aux seules victimes de violence physique ou sexuelle.

### **3. Victim Support Europe**

VSE est un réseau de 28 organisations non gouvernementales nationales ou régionales dans 22 pays européens.

Austria, Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Hungary, Malta, Netherlands, Poland, Portugal, Ireland, Russia, Serbia, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom.

Il est notable de remarquer que l'Italie n'est pas présente au sein de VSE.

Le réseau est né en 1990, avec notamment comme membre fondateur l'INAVEM pour la France et s'appelait le Forum européen des services d'aide aux victimes jusqu'en 2007.

Ces organisations offrent une assistance et de l'aide aux victimes d'infractions : environ 2 millions de victimes/an avec 3 000 salariés et 18 000 bénévoles.

L'objectif de VSE est de promouvoir les droits des victimes et l'établissement de services pour les victimes partout en Europe.

[www.victimsupporteurope.eu](http://www.victimsupporteurope.eu)

#### *3.1. Le constat de VSE*

En Europe, même dans l'Union européenne, les droits des victimes sont différents selon les pays.

VSE dit qu'une victime de crime dans l'Union européenne doit avoir accès à certains droits, quel que soit le pays où elle est devenue une victime.

Donc VSE promeut l'établissement et le développement de droits de victimes et des services aux victimes partout dans l'Europe.

Il existe dans certains pays d'Europe (Suède, Belgique, France...) une journée pour parler des victimes et de l'aide aux victimes, c'est le 22 Février. La première fois, ça a été organisé en 1990 et l'INAVEM a repris l'initiative en France en 2010 et 2011.

#### **4. Exemple de l'aide aux victimes associative en France**

Les premières lois pour l'indemnisation des victimes ont vu le jour dans les années 70.

C'était pour le législateur, le premier des devoirs pour l'Etat qui n'avait pas pu protéger les concitoyens contre des infractions.

Dans les années 1980 : les pouvoirs publics s'intéressent aux victimes, notamment Robert Badinter, ministre de la Justice, qui après avoir fait abolir la peine de mort, a suggéré que les victimes n'avaient que peu de droits et surtout personnes pour véritablement les aider et les accompagner. Il a fait le choix des associations (vs agents publics de l'Etat) pour aider les victimes d'infractions pour deux raisons fortes, 1- avoir des agents d'Etat pluridisciplinaires et aussi adaptables que le mode associatif n'existait et aurait coûté extrêmement cher ; 2- l'inconsistance de la figure de la victime était tellement forte dans la société, que il a jugé que c'était au sein de la société qu'il fallait trouver les ressources pour aider les victimes.

C'est la loi du 15 juin 2000 qui a permis une vraie reconnaissance légale du rôle des associations d'aide aux victimes conventionnées par le Ministère de la Justice (celles de l'INAVEM). Cette loi est intéressante à plus d'un titre, mais aussi dans son titre : puisqu'elle prenait en considération le renforcement du droit des victimes mais aussi celui de la présomption d'innocence.

L'INAVEM a été créé en 1986. C'est la Fédération nationale des associations d'aide aux victimes.

Ses objectifs sont les suivants :

- la définition et l'évaluation des missions d'aide aux victimes,
- la coordination et le soutien aux associations d'aide aux victimes,
- l'information et la sensibilisation des professionnels et du public à l'aide aux victimes.

#### 4.1. La fédération française, ses actions

- Promotion de l'aide aux victimes : droits des victimes, indemnisation, accès au droit, colloques...
- Animation de 150 associations conventionnées par le ministère de la Justice
- Formation des intervenants auprès des victimes à l'accueil, l'écoute et l'accompagnement des victimes, aux droits des victimes...
- Gestion d'une plate forme téléphonique : le 08 VICTIMES, numéro national d'aide aux victimes pour écouter les victimes et les faire accéder aux services des associations d'aide aux victimes et à d'autres services compétents; d'un numéro européen pour les enfants disparus le 116 000.



*Pour Qui ? Les victimes et les témoins d'infractions*

Toutes les personnes qui ont subi directement ou indirectement les l'infraction

- Victimes impliquées directes (blessés, témoins directs...)
- Victimes impliquées indirectes (famille, proches non présents, victime par ricochet)

Sans discrimination de sexe, d'origine, d'orientation politique, sexuelle, de religion...

Qu'une procédure judiciaire soit engagée ou pas engagée, et même si celle-ci ne peut plus l'être.

La définition de la victime au sens juridique et au sens associatif ne se recouvre pas, cette dernière englobe la victime en droit.

*Quoi ? Toutes les infractions*

Quelle que soit l'infraction :

- Atteinte aux biens (vol, escroquerie, dégradation)
- Atteinte à la personne (violence, agression sexuelle, meurtre, discrimination, accident de la circulation...)

Que l'atteinte se passe dans la famille ou en dehors de la famille

Que l'atteinte concerne une seule personne ou plusieurs (explosion, crash aérien, attentat...) à chaque fois qu'une responsabilité pénale peut être recherchée.

#### *4.2. Les associations d'aide aux victimes*

Le réseau INAVEM est formé de 150 associations d'aide aux victimes environ sur l'ensemble du territoire. 1 400 professionnels dont 900 (= 450 temps pleins) accueillant, juriste, psychologue, travailleur de service social salariés et 500 bénévoles accueillants (= 80 temps pleins).

Les services des associations sont gratuits, assortis d'une obligation de confidentialité dans les entretiens et le respect de l'autonomie de décision des victimes.

Les associations diffèrent du conseil de l'avocat et ne représentent pas les victimes, elles leur font comprendre leurs droits et comment les faire valoir. Elles doivent les mettre en capacité de faire un choix éclairé, en les informant et en les soutenant psychologiquement.

Le budget national en 2010 pour l'aide aux victimes associative (conventionnée Ministère de la Justice) 34 millions ⇔ pour 300 000 victimes accueillies, fédérations d'associations inclus.

Financeurs : Ministère de la Justice, autres ministères, Politique de la Ville, Collectivités territoriales (mairies, département, région...) et autres : cotisations, dons...

Une question importante doit être réfléchié concernant les financements : centralisé ou décentralisé ? Majoritairement public ou privé ? Et surtout avec quels critères pris en compte, pour quels services ? En France, la majorité du budget est décentralisé au niveau des cours d'appel pour le ministère de la justice et des collectivités locales, ce qui ne favorisent pas une vraie politique publique nationale, d'autant que les critères d'attribution sont très flous.

Il faudrait utilement s'attacher à des critères comme : le bassin de population et de délinquance... l'existence de zones rurales, de transport en commun pour avoir accès aux services...

• **Leur mission : une prise en charge globale et pluridisciplinaire**

- Un accueil et une écoute active pour identifier les difficultés
- Une aide psychologique
- Une information sur les droits
- Un accompagnement

*Pour toute personne victime d'une infraction*

*Une aide ponctuelle et dans la durée*

*Une orientation si nécessaire vers des services spécialisés*

- Des intervenants de terrain professionnels et formés  
Accueillants, Juristes, Psychologues, Travailleurs sociaux, Coordinateurs

- Un accès aux associations facilité  
Les lieux d'accueil de proximité  
La démarche pro-active, aller vers la victime

Depuis une dizaine d'année, le concept d'aide aux victimes est passé progressivement d'une gestion de la demande des victimes (bureaux ouverts pour accueillir les victimes) à une véritable offre de services (avec des lieux d'accueil spécialisés et décentralisés pour être au plus près des victimes et de la révélation des faits).

Un accueil et une écoute active pour identifier les difficultés

La 1<sup>re</sup> rencontre est un moment déterminant dans la relation avec la victime.

Il n'y a pas de petite infraction, pas de petit préjudice seulement des personnes en attente et/ou en souffrance.

- Un interlocuteur disponible et formé en face de soi ou au téléphone

- Un espace accueillant et rassurant, qui respecte la confidentialité

- Une parole entendue et respectée
- Un travail sur les attentes, les besoins exprimés par la victime
- Une évaluation de la demande exprimée et non exprimée
- Une réponse adaptée et dans la durée

La collaboration entre les associations d'aide aux victimes et les autres services s'illustrent dans 2 thèmes :

- Aller vers les victimes, au plus près de l'infraction
- Lieux d'accueil spécialisés (police, tribunaux, hôpital, centre d'action social)

- Lieux d'accueil délocalisés (villes, quartiers sensibles...)
- Mobilité de l'association d'aide aux victimes dans l'urgence (ville + délinquance élevée...)

760 lieux d'accueil de proximité

75 associations assurent plusieurs permanences dans les commissariats et gendarmeries

8 services d'aide aux victimes dans l'urgence (déplacement sur place, horaires élargis,

sur appel du tribunal, de la police, de l'hôpital...) et des dispositifs d'aide et d'écoute dans l'immédiat, notamment via l'intermédiaire du numéro national d'aide aux victimes ouvert 7j/7.

Il s'agit d'assurer une aide immédiate auprès des victimes en apportant une présence humaine, en effectuant un travail d'écoute mais aussi d'analyse des besoins et des attentes, et un accompagnement dans toutes les premières démarches judiciaires, médicales, sociales ou matérielles.

Le rôle du SAVU est ponctuel et doit servir de tremplin à la prise en charge, le relais devant être pris par le service d'aide aux victimes classique.

#### *L'accès aux associations*

- L'information par les services enquêteurs (police / gendarmerie) incluse dans la loi
- L'actionnement de l'article 41 in fine du CPP par le procureur de la République
- Les orientations et saisines par le 08 VICTIMES
- Les saisines dans le cadre de conventions locales ou nationales avec des organismes publics ou privés
- L'orientation par des partenaires privés ou publics

#### *Prise en charge GLOBALE des victimes*

*Evaluation de toutes les conséquences de l'infraction sur la victime*

Les intervenants des associations d'aide aux victimes vont accompagner la victime dans tous les aspects et difficultés qu'elle peut rencontrer suite à l'infraction.

La prise en charge globale ne signifie pas que nous ne faisons pas de distinctions entre les victimes, les AAV peuvent avoir des accompagnements particuliers pour les enfants victimes de violences sexuelles, pour les femmes victimes de violences conjugales... quand il n'y a pas de ressources nécessaires sur le territoire.

*Tous les services proposés au sein de l'association, dans un lieu unique*

- Information sur les droits de la victime
- Soutien psychologique
- Accompagnement social
- Dans les démarches administratives
- Face aux difficultés matérielles et financières
- Dans le domaine social
- Dans le domaine familial
- Dans le domaine professionnel

*Prise en charge dans la durée*

- Présence immédiate
- Accompagnement dans la durée avec plusieurs entretiens possibles
  - Selon la procédure judiciaire (si elle existe)
  - Au-delà du jugement, dans l'exécution des peines (au moment de l'information de la sortie, d'une libération anticipée...)

*Orientations vers d'autres structures compétentes*

Principes :

- Articulation très importante du suivi et de la prise en charge de la victime

- L'association d'aide aux victimes sert de fil conducteur à la victime
- L'association d'aide aux victimes est le garant de la globalité et cohérence des réponses

*Partenaires :*

- Monde juridique (avocat, JAP, Fonds de Garantie...)
- Monde de la santé (centre médico-psychologique, psychiatre, spécialiste...)
- Monde associatif spécialisé et militant

*Formalisation des partenariats et des conventions*

Au plan national, organismes publics :

- Ministère de la Justice (conventionnement)
- Ministère de l'Intérieur (généralisation de permanences associatives dans les commissariats)
  - Fonds de Garantie pour indemniser les victimes
  - Ministère des Affaires étrangères, Education nationale... (pour venir en aide aux victimes qu'ils nous signalent)

Au plan national, organismes privés :

- Instances représentatives des avocats
- Structures d'accès aux droits
- Numéros de téléphonie sociale (enfants maltraités, violence conjugale...)
  - Cellules d'urgence médico-psychologique
  - Associations spécialisées et associations de victimes

Au plan associatif local

- Ministère de la Justice (convention pluriannuelle d'objectifs)
- Ministère de l'Intérieur (permanence de l'association + orientation)

- Tribunal (prise en charge systématique des victimes traumatisées)
- Barreau local (orientations réciproques avocat/association)
- Hôpital (permanence + schéma d'intervention pour les victimes)
- Urgence médico-judiciaire (certificat médical, permanence)
- Centre d'hébergement
- Allocations familiales, assurance maladie...

## **5. Actualité du droit et de l'aide aux victimes en europe**

### *5.1. La Commission européenne propose des normes minimales applicables aux victimes de la criminalité*

La proposition de directive du Parlement Européen (18 mai 2011) vise à garantir que les besoins spécifiques des victimes soient pris en compte lors de la procédure pénale, quelque soit la nature de l'infraction ou le lieu de sa commission dans l'Union européenne (UE). Elle s'inscrit dans un train de mesures législatives dont l'objet est de renforcer les droits des victimes dans l'Union européenne et qui inclut en outre les deux instruments suivants : une communication intitulée «Renforcer les droits des victimes dans l'Union européenne» et une proposition de règlement relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile.

La Commission européenne a, sur la base du programme de Stockholm (2010-2014 : programme Liberté, Sécurité et Justice) et du plan d'actions qui le met en œuvre, défini comme priorités stratégiques la protection des victimes de la criminalité et l'établissement de normes minimales. Ces documents placent les victimes au premier rang des préoccupations de l'UE et consacrent la nécessité et la volonté d'élaborer une approche intégrée et coordonnée des victimes.

La directive reconnaîtra le statut de victime non seulement aux personnes ayant subi un préjudice du fait d'une infraction pénale,

mais également à certains membres de la famille si la personne décède suite à l'infraction.

**Victime** : toute personne physique ayant subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique ou mentale, une souffrance morale ou une perte matérielle, directement causé par une infraction pénale; ainsi que tout membre de la famille d'une personne dont le décès résulte d'une infraction pénale.

**Membre de la famille** : le conjoint, le concubin, le partenaire enregistré, les parents en ligne directe, les frères et sœurs et les personnes à la charge de la victime.

## 5.2. Information et soutien des victimes

Afin qu'elles puissent faire valoir leurs droits, les victimes doivent recevoir suffisamment d'informations sous une forme compréhensible. Elles doivent également avoir accès à des services d'assistance psychologique et pratique.

La proposition vise à leur garantir :

- le droit de recevoir des informations dès le premier contact avec l'autorité judiciaire, notamment sur comment déposer plainte, les détails de la procédure et comment obtenir une protection si cela est nécessaire ;
- le droit de recevoir des informations relatives à l'affaire, en particulier sur la décision d'arrêter ou de poursuivre l'enquête, sur la date et le lieu du procès et, sous certaines conditions, sur la remise en liberté de la personne poursuivie ;
- le droit de comprendre et d'être compris ;
- le droit à l'interprétation et à la traduction : si elle ne parle pas la langue de la procédure, la victime doit bénéficier d'un service d'interprétation gratuit et recevoir une traduction de la plainte déposée, de toute décision mettant un terme à la procédure ainsi que des informations concernant ses droits
- le droit d'accès à des services d'aide aux victimes : ces services

doivent être gratuits et accessibles également à certains membres de la famille. Ils fournissent une assistance morale et psychologique ainsi qu'une aide pratique concernant par exemple les questions financières et le rôle de la victime dans la procédure pénale.

### **5.3. Participation des victimes à la procédure pénale**

Les victimes ont un intérêt légitime à ce que justice soit rendue. Par ailleurs, elles doivent pouvoir participer à la procédure pénale qui les concerne. À cette fin, la proposition de la Commission prévoit un certain nombre de droits qui doivent leur être assurés :

- le droit de recevoir un récépissé de la plainte ;
- le droit d'être entendues pendant la procédure ;
- le droit de demander la révision en cas de décision de non-poursuite ;
- les droits à des garanties en cas de recours à des services de médiation ou d'autres services de justice réparatrice; l'objectif est de protéger les victimes contre toute intimidation ou préjudice supplémentaire au cours de ce processus. Ces services ne doivent notamment être utilisés qu'avec le consentement de la victime et après qu'elle a été correctement informée. Le consentement est révocable à tout moment ;
- le droit à l'aide juridictionnelle et au remboursement des frais lorsque la victime participe à la procédure pénale ;
- le droit à la restitution des biens saisis au cours de la procédure pénale ;
- le droit à ce que ce qu'il soit statué sur la réparation par l'auteur de l'infraction dans le cadre de la procédure pénale ;

Concernant les victimes résidant dans un autre pays de l'UE, les difficultés liées à ce fait doivent être atténuées, notamment en

recueillant leur déposition immédiatement après le dépôt de la plainte et en utilisant le plus possible la vidéoconférence et la téléconférence pour leur audition.

Lorsqu'elle n'a pas pu déposer plainte dans l'État où l'infraction a été commise, la victime doit pouvoir le faire dans son État de résidence qui transmettra la plainte à l'État concerné.

#### 5.4. Protection des victimes et reconnaissance de leur vulnérabilité

La Commission propose que des mesures soient mises en place pour protéger les victimes et leurs familles contre d'éventuelles représailles ou intimidations de la part de l'auteur de l'infraction. Les autorités veilleront ainsi à réduire les contacts avec ce dernier, en particulier dans les locaux où la procédure se déroule.

Durant l'enquête, les victimes seront auditionnées rapidement et pas plus de fois qu'il n'est nécessaire. Si elles le souhaitent, elles pourront être accompagnées par un représentant légal ou une personne de leur choix. Leur vie privée ainsi que celle de leur famille doit être protégée.

La proposition de directive reconnaît que certaines personnes courent un risque particulièrement élevé de souffrir à nouveau dans le cadre de la procédure judiciaire. Ces victimes vulnérables se voient accorder, après évaluation des besoins individuels, certains droits et services supplémentaires. *Les enfants, les personnes handicapées, les victimes de violences sexuelles ou de la traite des êtres humains sont considérés par la proposition comme des victimes vulnérables.*

Afin qu'ils soient mieux à même de répondre aux besoins des victimes, il est important de garantir que les professionnels de la justice, les fonctionnaires de police et les membres des services d'aide aux victimes reçoivent une formation adéquate.

### *5.5. Cohérence avec les autres politiques et les objectifs de l'Union*

La présente proposition vise à garantir la prise en compte et la satisfaction des besoins multiples des victimes de la criminalité, qui touchent à plusieurs autres politiques de l'Union.

En particulier, la protection des droits des victimes est un élément essentiel d'une série de politiques et/ou instruments de l'UE concernant :

- la traite des êtres humains,
- l'exploitation et les abus sexuels concernant des enfants,
- la violence faite aux femmes,
- le terrorisme,
- la criminalité organisée et
- les poursuites en matière d'infractions routières.

## **6. ...complement...**

Depuis novembre 2011 la Commission européenne a informé Victim Support Europe (VSE) qu'à l'issue des négociations, un certain nombre d'amendements avait été adopté, affaiblissant les droits tels que conçus dans la proposition de directive initiale.

### *6.1. Résumé des changements principaux dans le projet de directive issus des négociations des États membres (analyse de VSE)*

#### **Article 1-2 - Objectifs et définitions**

**Les membres de la famille ne font plus partie de la définition de « victime ».**

Les États membres peuvent établir des procédures pour limiter le nombre de membres de la famille bénéficiaires des droits donnés conformément à la directive.

## Article 5 - Droit à l'information

### **Le droit des victimes à recevoir des informations sur leur affaire a été considérablement modifié.**

Ce droit a été divisé et la partie du texte a été déplacée dans le considérant qui déclare dorénavant que « *le souhait des victimes de recevoir ou pas des informations doit être pris en considération. On fournira les informations si la victime a donné son adresse de correspondance la plus récente à l'autorité compétente* ». (Nb : ces considérants ne lient pas légalement les États membres, mais devraient être pris en considération lors de la mise en œuvre de la Directive ; les droits devraient être interprétés dans l'esprit des considérants). L'article 5 (b) rétablit la demande pour que les États membres prennent en considération le désir de la victime de recevoir des informations et que ce droit soit mis en œuvre dans le cadre des droits de l'information auxquels il peut être renoncé ou demandé selon le système en vigueur.

L'article 5 (2) dispose que l'on devrait offrir aux victimes l'occasion de se voir notifier « *au moins dans des cas où il pourrait y avoir un danger pour elles* », quand une personne mise en détention provisoire, poursuivie ou condamnée, est sortie.

## Article 7 - Droit à l'interprétariat et à la traduction

La traduction et l'interprétation seront seulement disponibles pour les victimes qui jouent un rôle actif dans la procédure (partie, témoin ...) et pas pour les victimes qui veulent simplement suivre le procès. (Ceci va probablement avoir un plus grand impact pour les pays de droit coutumier où la victime ne prend pas part automatiquement à la procédure).

L'évaluation pour vérifier si la victime comprend et parle la langue de la cour a été supprimée.

Le droit des victimes de défier l'accomplissement de l'État de leur droit de la traduction et l'interprétation a été supprimé.

### **Article 8 - Droit d'accéder aux services d'aide aux victimes**

Le droit à l'assistance émotionnelle et psychologique a été modifié pour ne couvrir désormais que l'assistance émotionnelle.

Aucun autre changement n'a encore été formalisé quant à ce droit, mais des suggestions ont été faites d'une façon informelle pour changer l'exigence incombant aux États membres d'établir un service d'aide aux victimes, pour ne seulement exiger que l'État membre « promeuve » des services d'aide aux victimes - qui serait un changement massif qui affaiblirait directement le niveau de la Décision-cadre de 2001.

### **Article 10 - Droit de réviser une décision de non-poursuite**

L'indication « comme déterminé selon la loi nationale » a été ajoutée à ce droit. Cependant, des étapes sont engagées pour affaiblir ce droit encore plus, tendant à probablement permettre seulement un réexamen quant à certains crimes/dans certains cas.

### **Article 11 - Médiation**

Plusieurs changements mineurs ont été faits à cet article, le plus substantiel disant qu'un accord « peut » être pris en considération dans le cadre de toute procédure pénale ultérieure, en opposition à la formulation précédente selon laquelle l'accord « doit » être pris en considération.

### **Article 13 - Remboursement des frais**

Seules les victimes parties ou témoins (formulation exacte à décider) recevront un remboursement.

### **Article 18 - Absence de contact entre victime et auteur**

Après une multitude de changements, l'article dispose désormais très clairement que « *les États membres établiront progressivement les conditions nécessaires pour permettre l'absence de contact entre*

*les victimes et leurs proches, et l'accusé ou des personnes soupçonnées, dans des locaux où les poursuites judiciaires sont conduites, à moins que les poursuites judiciaires n'exigent un tel contact ».*

### **Article 21 - Identification des victimes vulnérables**

La liste de caractéristiques/d'infractions par laquelle on suppose une victime vulnérable se basant sur les caractéristiques personnelles de la victime et/ou sur la nature de l'infraction est supprimée. On devra au lieu de cela faire procéder pour chaque victime à une évaluation individuelle pour déterminer si elle est vulnérable ou pas.

Une phrase à part a été incluse pour dire que **les enfants sont toujours présumés vulnérables**.

### **Article 22 - Droit à la protection pour les victimes vulnérables**

**Chaque mesure a été affaiblie par l'introduction de la mention « quand cela est nécessaire ».** Par exemple, la première mesure déclare que les entretiens avec la victime seront effectués, « *quand cela est nécessaire* », dans des locaux conçus ou adaptés à ce but.

### **Article 24 - Formation de praticiens**

L'article a été légèrement modifié pour poser désormais cette exigence sur tous « praticiens/officiels susceptibles d'entrer en contact avec des victimes », comme des policiers, des procureurs et le personnel judiciaire, qui recevront une formation tant générale que spécialisée.

**L'exigence pour le personnel de l'aide aux victimes à être formé a été supprimée.** Au lieu de cela, l'article 24 (3) évoque seulement que « *les États membres s'assureront que les agents publics et les autorités étatiques en charge de l'aide aux victimes et de la justice restaurative reçoivent la formation adéquate ...* ».

### **Article 26 - Transposition**

La formulation actuelle exige la mise en oeuvre dans deux ans, mais

plusieurs États membres ont demandé que ce délai soit étendu à quatre ans.

### **Article 27 - Communication de données et de statistiques**

L'article 27 est très court, exigeant simplement que les États membres fournissent « *des données disponibles* » à la Commission européenne.

Il est donc suggéré que ce considérant inclue une explication plus longue sur ce à quoi se réfèrent les données de cet article.

Le considérant suggéré se réfère « *aux données statistiques de l'information touchant aux victimes ; aux informations sur l'infraction concernée ; sur le nombre de cas examinés, poursuivis et ayant donné lieu à condamnation ; sur le nombre de victimes qui demandent, reçoivent ou ne reçoivent pas d'informations, de protection, d'interprétariat, de traduction et de remboursement* ».

Devant ce risque que les négociations en cours ne viennent affaiblir la directive – laquelle confirme le droit à l'information, la protection et l'accès aux services destinés aux victimes – et aboutissent à laisser les victimes sans accès aux droits et services adéquats, Victim Support Europe a établi une pétition afin d'apporter une protection et des droits plus forts à toutes les victimes dans l'Union Européenne, accessible via le lien suivant : <http://www.change.org/petitions/european-parliament-give-eu-victims-of-crime-access-to-stronger-rights-and-support-services>

## **7. Conclusion et pistes de réflexion**

En Italie, il y a de nombreuses associations de tailles modestes intéressées par des typologies de victimes ou d'infractions très spécifiques. Néanmoins, il serait vraiment intéressant de créer une

organisation nationale qui regroupe toutes ces structures et donne des services minimaux aux victimes d'infractions en général.

Comme en France, cette initiative peut/doit venir des professionnels qui sont confrontés aux besoins des victimes, et qui se fédèrent pour créer une aide et une assistance pour les victimes d'infractions. Les professionnels peuvent mettre en avant la distance nécessaire à la prise en charge des personnes victimes, avec technicité et empathie, et non compassion et militantisme. Ils peuvent d'autant mieux porter la parole des victimes qu'ils ne sont pas directement impliqués.

Dans ces temps de crise, il faut interroger le modèle économique pour accueillir et accompagner les victimes ? Financement public avec les aléas de la rigueur budgétaire, mais la moins grande appropriation de la question par la population ? Financement national au titre des politiques publiques de sécurité et de santé ? Financement local pour une meilleure compréhension et adéquation des besoins et des attentes des victimes ? Financement privé plus surs, mais pas plus pérennes et, qui peut amener certaines dérives de clientélisme ? Financement enfin par les auteurs mêmes des infractions, mutualisés dans un fonds pour financer les associations d'aide aux victimes. Sans doute un peu tout cela à la fois, et pour cette dernière notion, en France, l'INAVEM tente de faire passer une loi qui instaurerait une sur-amende pénale (montant ou pourcentage en plus de l'amende pour tout auteur condamné définitivement pour une infraction quelle qu'elle soit).

Intégrer des instances supra-nationales, comme Victim Support Europe, pour échanger sur les pratiques et voir ce qui se fait en Europe. (Ex de la Russie : ONG a décidé de prendre en charge l'AV avec le soutien du Gvt, 2008, réunion d'une dizaine de pays mb de VSE).

Ne pas oublier que la prise en charge globale peut être complétée par un accompagnement spécifique pour certaines victimes, comme des ateliers de dessins ou de théâtre pour les enfants vic-

times de violences sexuelles, ou des groupes de paroles pour les victimes de violence conjugale...

Tous les organismes dont peut avoir besoin la victime ont des missions, des fonctionnements, des principes d'actions, des cultures très différentes.

En France, choix de sensibiliser les organismes + référent aide aux victimes (mais pas partout).

## **Panorama europeo degli organismi di aiuto alle vittime**

*di Olivia Mons*

### **1. Contesto europeo dei diritti delle vittime**

L'Europa, nella sfera di nostro interesse, ossia l'assistenza alle vittime, è stata regolata per cinque anni, a partire dal 2010, dal programma di Stoccolma "Giustizia, Libertà e Sicurezza". I cui obiettivi generali sono: il rispetto e la dignità delle vittime, a prescindere dal paese in cui è commesso il reato e dalla nazionalità della vittima e la coerenza delle decisioni giudiziarie. Il programma di Stoccolma definisce le priorità dell'Unione europea (UE) nel campo della giustizia, della libertà e della sicurezza per il periodo 2010-2014. Per garantire un'Europa sicura in cui le libertà e i diritti fondamentali dei cittadini siano rispettati, il programma di Stoccolma si concentra sulle seguenti priorità:

#### *L'Europa dei diritti*

La cittadinanza europea deve passare da un'idea astratta dei diritti a una loro tutela.

#### *L'Europa della giustizia*

L'accesso dei cittadini alla giustizia deve essere facilitato in modo che i loro diritti siano applicati al meglio nell'Unione Europea. Allo stesso tempo, la cooperazione tra le autorità giudiziarie e il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie nell'Unione europea deve essere rafforzati nelle cause civili e penali.

*L'Europa che protegge*

Si concentrerà sulla lotta contro la criminalità di confine:

- la tratta degli esseri umani,
- l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile,
- la criminalità informatica
- la criminalità economica, la corruzione, la contraffazione e la pirateria
- gli stupefacenti

*L'Europa della solidarietà*

La grande ambizione europea è quella di promuovere questi principi nonostante le differenze processuali.

*1.1. La vittima: alcune differenze fondamentali**Nei paesi di diritto anglosassone:*

- un posto di rilievo è assegnato alla giurisprudenza e non alla legge
- la vittima non è rappresentata nel processo penale
- non è parte in causa nel processo penale
- può essere solo un testimone
- il procedimento è contraddittorio e sono gli avvocati delle parti che indagano la parte lesa

*Nei paesi di diritto romano:*

- il diritto è regolato dai codici (penale e procedura penale in Francia, spesso codice penale altrove)
- la vittima è coinvolta nel processo, se costituisce parte Civile
- è rappresentata da un avvocato che difende i suoi diritti,
- il procedimento è inquisitorio e sono i giudici che hanno i poteri e conducono i dibattiti.

### 1.2. Fondamenti dei diritti delle vittime<sup>1</sup>

I diritti delle vittime non hanno alcun valore costituzionale con alcune eccezioni (Portogallo e Francia), anche se si basano sui valori impliciti di “dignità” e “uguaglianza”, che la maggior parte delle costituzioni nazionali riconosce, e sul “giusto processo”.

Per il Portogallo il diritto d'intervento della vittima nella procedura è sancito dalla Costituzione. In Francia esiste il diritto al risarcimento delle vittime di reato civile.

In merito ai principi dei diritti delle vittime in Europa, vi sono due responsabili: il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea.

### 1.3. Il Consiglio d'Europa

Il testo di base è la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), approvata nel 1950 ed entrata in vigore nel 1953. La Corte Europea dei diritti dell'uomo sostiene ampiamente gli obblighi degli Stati (diritto giurisprudenziale).

Questo testo deriva dal Consiglio d'Europa, fondato nel 1949 con ormai quarantasette Stati membri che hanno l'obiettivo di difendere i diritti dell'uomo e della democrazia. È sotto l'egida dei diritti umani che il tema della “vittima” di reato penale è diventato un argomento privilegiato.

Il CEDU ha dato origine al diritto europeo.

Il sistema giuridico è composto di convenzioni specifiche per le vittime, riguardanti:

- indennizzo per le vittime di crimini violenti (1983/11/24)
- lotta contro la tratta degli esseri umani (2005/03/05)
- prevenzione del terrorismo (16/11/2005).

<sup>1</sup> Cfr. *Il chiarimento dei fondamenti europei* di Marie-Laure Ianthe UMR Dottore UMR di diritto comparato di Parigi I Sorbona, in *La vittima della scena criminale in Europa*, PUF, 2008.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adotta anche alcune **raccomandazioni**: Rec. (85) 11 sulla posizione della vittima in ambito penale e nella procedura penale; Rec (87) 21 sull'assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione; Rec (2006) 8 in materia di assistenza alle vittime di reato. Questa include tutto ciò che dovrebbe essere fatto per i servizi di sostegno alle vittime ed esprime il concetto di "vittimizzazione secondaria", vale a dire una vittimizzazione che deriva dal funzionamento o dalla risposta inadeguata alla vittima da parte delle istituzioni o di un individuo.

Nonostante queste raccomandazioni non creino obblighi per gli Stati, esse contribuiscono alla formazione del diritto delle vittime a livello europeo. Vi sono anche alcune risoluzioni, comprese quelle che si riferiscono alle vittime di reato<sup>2</sup>.

#### *1.4. L'Unione europea: la legislazione comunitaria*

L'Unione europea si è prefissata l'obiettivo di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, i cui fondamenti sono il principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e altre decisioni delle autorità giudiziarie in materia civile e penale dell'Unione Europea.

Per quanto riguarda i diritti delle vittime nel procedimento penale, l'Unione è già intervenuta attraverso la decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio del 15 marzo 2001 relativo alla posizione delle vittime nel procedimento penale. Questo testo presenta standard minimi di protezione delle vittime di reato (indennizzo di compensazione e assistenza alle vittime).

Tuttavia, mentre sono stati compiuti progressi in questo settore, gli obiettivi della presente decisione quadro non sono completamente soddisfatti.

<sup>2</sup> 27<sup>a</sup> Conferenza dei Ministri europei della giustizia: "Ruolo, diritti e assistenza alle vittime" 12 e 13 Ottobre 2006 - Risoluzione n. 1 relativa alle vittime di reati.

Le legislazioni europee sui diritti delle vittime non sono basate sul “diritto alla sicurezza” proteggono le vittime solo di alcuni reati:

- tortura
- tratta di esseri umani
- discriminazione
- terrorismo
- oppure, più in generale, i crimini violenti

vale a dire i comportamenti che offendono la coscienza collettiva e la nozione di ordine pubblico europeo. Esistono anche linee guida vincolanti per tutte queste vittime particolari.

Si potrebbe collegare questo dibattito sulle vittime di reato generico alla distinzione tra le associazioni generaliste di assistenza alle vittime presenti all'interno del Victim Support Europe, le associazioni specializzate in certi tipi di reati o di vittime specifiche e le associazioni di vittime create da e per le vittime.

In Francia e in Europa è assegnato un ruolo importante ad ogni associazione, ma senza dubbio un posto di rilievo è occupato dalle associazioni generaliste per quanto riguarda la diagnosi globale delle conseguenze del reato e per una questione di parità di trattamento, principio caro all'Europa.

## 2. Il contesto europeo del sostegno alle vittime

Negli ultimi decenni, i paesi europei stanno attuando politiche di valorizzazione delle vittime e dell'assistenza che è necessario fornire loro<sup>3</sup>.

I testi suggeriscono diversi fattori che orientano alla definizione della vittima (lesione corporale e mentale, sofferenza psichica o

<sup>3</sup> Cfr. *Le politiche sovranazionali europee o lo spirito ambiguo dell'armonizzazione*, di Gamberini, dottorando a Paris I Sorbonne, in *La victime sur la scène pénale en Europe (La Vittima sulla scena penale in Europa)*, PUF, 2008.

perdita della proprietà) fino a prendere in considerazione le forme di assistenza sociale (servizi pubblici e privati):

- Supporto nel far valere e comprendere i propri diritti (ricezione delle informazioni, ruolo nel procedimento)
- Aiuto materiale
- Assistenza finanziaria per la gestione dei danni sociali conseguenti ai reati<sup>4</sup>
- Sostegno psicologico (incluso nella raccomandazione del 2006, ma inserito soltanto in quanto tale nella proposta di direttiva di maggio 2011).

Quando si parla di sostegno alle vittime nella decisione quadro del 2001, parliamo essenzialmente dell'articolo 13, vale a dire dell'assistenza fornita da agenzie specializzate e organismi di aiuto alle vittime, che dichiara:

1. *Ciascuno Stato membro che nell'ambito delle procedure sostiene l'intervento per le vittime, ha il compito di organizzare la prima accoglienza e il successivo supporto e l'ulteriore assistenza alle vittime, mettendo a disposizione, nell'ambito dei servizi pubblici, persone che hanno ricevuto una formazione specifica, o riconoscendo e finanziando gli organismi di aiuto alle vittime.*

2. Ciascuno Stato membro favorisce l'intervento nell'ambito del procedimento di tali persone o delle organizzazioni per le vittime, per :

- a) fornire informazioni alle vittime
- b) fornire assistenza alle vittime in base alle loro necessità immediate
- c) accompagnare le vittime, se necessario e possibile, durante il procedimento penale

<sup>4</sup> Per il regime di indennizzazione pubblica accordato in base alla cooperazione giudiziaria: Direttiva 2004/80/CE del 29/04/2004 relativa all'indennizzazione delle vittime di reato.

d) l'assistere le vittime, su loro richiesta, dopo la conclusione del procedimento penale.

Come si vede al primo comma dell'art. 13 si pone l'attenzione su "accoglienza iniziale" e "sostegno e assistenza successivi." Le nozioni dell'accoglienza e del supporto sono molto importanti, perché il tempo giudiziario e il tempo della vittima sono molto diversi, così come il tempo dei media.

Quest'ultimo può essere molto intenso e breve. La vittima, dal suo canto, desidera un iter rapido ed essere informata regolarmente dei procedimenti giudiziari; il tempo della giustizia è piuttosto lungo e, nonostante un certo numero di leggi che abitualmente sono coerenti con le istanze del querelante, tende a dimenticare un po' la vittima. Così una delle missioni primarie dell'organizzazione per le vittime è di essere a loro disposizione, quando ne sentono il bisogno, quando si sentono abbandonate da tutti. Anche da questo punto di vista, la Francia, per esempio, ha instaurato nei servizi di polizia un intervento delle associazioni che fa da interfaccia tra gli ufficiali di polizia che si dedicano all'inchiesta e le vittime che vogliono informazioni.

### *2.1. Valutazione dell'attuazione della decisione quadro del 15/03/2001. Rapporti della commissione 2004 e 2009<sup>5</sup>*

L'obiettivo generale della decisione quadro era quello di stabilire e fissare in tutta l'Unione europea, un livello di protezione elevato e per le vittime, indipendentemente dallo Stato di residenza.

Nel secondo paragrafo, si tratta di vittime particolarmente vulnerabili. Anche se non esiste una definizione di questa condizione di vulnerabilità nel testo, la maggior parte degli stati offre garanzie

<sup>5</sup> Per il 2004: COM(2004)54 finale e allegato e, per il 2009 COM (2009) 166 finale.

particolari per tali vittime. Le misure di protezione variano secondo la definizione nazionale adottata e i mezzi utilizzati sono pertanto diversi.

### **3. Victime Support Europe**

VSE è una rete di 28 organizzazioni non governative nazionali o regionali in 22 paesi europei: Austria, Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Hungary, Malta, Netherlands, Poland, Portugal, Ireland, Russia, Serbia, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom.

È importante notare che l'Italia non è presente nel VSE.

La rete è nata nel 1990, e in particolare con l'INAVEM in qualità di membro fondatore per la Francia ed è stata chiamata Forum Europeo dei Servizi per le Vittime fino al 2007.

Queste organizzazioni offrono sostegno e assistenza alle vittime di reati: 3.000 dipendenti e 18.000 volontari per circa 2 milioni di vittime all'anno.

L'obiettivo del VSE è quello di promuovere i diritti delle vittime e stabilire dei servizi per le vittime in tutta Europa ([www.victimsupporteurope.eu](http://www.victimsupporteurope.eu)).

#### *3.1. Bilancio del VSE*

Anche nell'Unione Europea, i diritti delle vittime sono differenti da paese a paese.

Il VSE afferma che una vittima di criminalità nell'Unione europea deve avere accesso ad alcuni diritti, a prescindere dal paese in cui è diventata vittima.

Così il VSE promuove la costituzione e lo sviluppo dei diritti delle vittime e dei servizi per le vittime in tutta Europa.

In alcuni paesi Europei esiste un giorno dedicato alle vittime e alla loro assistenza: il 22 febbraio. La prima volta fu organizzato

nel 1990, l'INAVEM ha preso l'iniziativa in Francia nel 2010 e 2011.

#### **4. Esempio di associazioni di aiuto alle vittime in Francia**

Le prime leggi per il risarcimento delle vittime sono nate negli anni '70. Era, nell'opinione del legislatore, il primo dovere dello Stato, che non aveva potuto proteggere i cittadini contro le violazioni.

Negli anni '80 le autorità pubbliche si interessano alle vittime, in particolare Robert Badinter, ministro della Giustizia, dopo l'abolizione della pena di morte, sosteneva che le vittime avevano pochi diritti e soprattutto poche persone che veramente le aiutassero e le sostenessero.

L'INAVEM è stata creata nel 1986. È la Federazione Nazionale delle Associazioni di Aiuto alle Vittime.

I suoi obiettivi sono i seguenti:

- definizione e valutazione degli obiettivi di aiuto alle vittime
- coordinamento e sostegno alle associazioni di aiuto alle vittime
- informazione e sensibilizzazione dei professionisti e delle amministrazioni pubbliche che si occupano di aiuto alle vittime

##### *4.1. La federazione francese e le sue azioni*

- Promozione del sostegno alle vittime: diritti delle vittime, risarcimento, accesso alla legge, colloqui.
- Attivazione di 150 associazioni convenzionate col Ministero della giustizia
- Formazione degli addetti all'accoglienza, all'ascolto e all'accompagnamento delle vittime
- Gestione di una piattaforma telefonica: lo 08 VITTIME, numero nazionale di sostegno alle vittime per l'ascolto e per il loro

accesso ai servizi delle associazioni di aiuto e ad altri uffici competenti; un numero europeo per i minori scomparsi, il 116 000.

*Per chi?*

Tutte le persone che hanno subito direttamente o indirettamente il reato

- Vittime coinvolte direttamente (feriti, testimoni diretti...)
- Vittime coinvolte indirettamente (famiglia, vicini non presenti, vittime di riflesso), senza discriminazione di sesso, origine, orientamento, politico, sessuale, religioso...

A prescindere dal fatto che un procedimento giudiziario sia iniziato o meno e anche se non può più essere avviato.

*Per quali reati?*

Qualunque sia il reato:

- Danni alla proprietà (furto, frode, degradazione)
- Danni alla persona (sopruso, violenza sessuale, omicidio, discriminazioni, incidente stradale...)
- Reati avvenuti in famiglia o fuori
- Reati che riguardano una sola persona o più (esplosione, incidente aereo, attentati...) ogni volta che una responsabilità penale può essere individuata.

#### *4.2. Le associazioni d'aiuto alle vittime*

La rete INAVEM è formata da 150 associazioni di aiuto alle vittime presenti più o meno su tutto il paese. 1400 professionisti di cui 900 (450 a tempo pieno) tra riceventi, psicologi, assistenti sociali, dipendenti addetti al servizio sociale e 500 riceventi volontari (80 a tempo pieno).

I servizi delle associazioni sono gratuiti con obbligo di riservatezza nei colloqui e di rispetto per l'autonomia decisionale delle vittime.

Le associazioni sono differenti dalla consulenza di un avvocato e non rappresentano le vittime, le informano sui loro diritti e sul

modo in cui farli valere. Hanno il compito di facilitare una scelta chiara, informandole e sostenendole psicologicamente.

Il bilancio nazionale nel 2010 per il sostegno alle vittime delle associazioni convenzionate col Ministero della Giustizia è di 34 milioni di euro per 300 000 vittime ricevute, federazioni di associazioni incluse.

Finanziatori: Il Ministero della Giustizia, altri ministeri, la politica urbana, le amministrazioni (municipi, provincia, regione...) e altri contributi, donazioni...

Questioni importanti da considerare per i finanziamenti: centralizzati o decentralizzati? Prevalentemente pubblici o privati? E soprattutto con quali criteri, per quali servizi?

In Francia, la maggior parte del bilancio è decentralizzato a livello di Corte d'Appello per il Dipartimento di Giustizia e i governi locali, che non supportano una vera e propria politica pubblica nazionale, soprattutto perché i criteri di aggiudicazione sono molto vaghi.

Dovrebbe essere utile concentrarsi su criteri quali: l'area della popolazione e della delinquenza, l'esistenza di aree rurali, di trasporto pubblico per accedere ai servizi

- La loro missione: un impegno totale e multidisciplinare
- Un benvenuto e un ascolto attivo per identificare i problemi
- Un aiuto psicologico
- Un'informazione sui diritti
- Un accompagnamento

*Per tutte le vittime di reato: un aiuto puntuale e duraturo, una guida, se necessario, ai servizi specializzati*

- Operatori sul campo e professionisti qualificati
- Servizio accoglienza, Avvocati, Psicologi, Assistenti Sociali, Coordinatori
- Facile accesso alle associazioni
- Luoghi di accoglienza vicini

- Approccio proattivo, ovvero un andare verso la vittima

Da una decina d'anni il concetto di assistenza alle vittime è passato gradualmente da una gestione della domanda delle vittime (uffici aperti per accoglierle) ad un'offerta reale di servizi (aree di accoglienza specializzate e decentrate per essere più vicine alle vittime e alla rivelazione dei fatti).

Un benvenuto e un ascolto attivo per identificare le difficoltà:

Il primo incontro è un momento determinante nel rapporto con la vittima, non vi è violazione, né pregiudizio, solo persone in attesa e/o nella sofferenza.

- Un interlocutore a disposizione fisicamente o per telefono
- Uno spazio accogliente e tranquillizzante, che rispetta l'intimità
- Una voce attenta e rassicurante
- Un lavoro sulle aspettative e i bisogni espressi dalla vittima
- Una valutazione delle richieste espresse e non
- Una risposta adeguata e duratura

La collaborazione tra le associazioni di sostegno alle vittime e gli altri servizi sono illustrati in due aree:

- **Andare verso le vittime, il più vicino possibile al reato**

1. Luoghi di accoglienza specializzati (Polizia, tribunali, ospedali, centri di azione sociale)
2. Aree di accoglienza dislocati (città, quartieri particolari...)
3. Mobilità della Associazione di aiuto alle vittime in caso di emergenza (città, criminalità elevata...)

760 luoghi di accoglienza sono vicini alle case

75 associazioni assicurano maggiore permanenza nei commissariati e nelle caserme

8 servizi di aiuto alle vittime in emergenza (dislocamento sul luogo, orario prolungato, su chiamata del tribunale, della polizia, degli ospedali...) e dispositivi di assistenza e di ascolto imme-

diato, in particolare tramite il numero nazionale per le vittime aperto 7 giorni su 7. Questo per garantire pronta assistenza alle vittime, fornendo una presenza disponibile, compiendo un lavoro di ascolto, ma anche di analisi dei bisogni e delle aspettative, e offrendo supporto in tutte le prime azioni legali, mediche, sociali o materiali.

Il ruolo del SAVU è tempestivo e serve come trampolino di lancio per la presa in carico da parte del servizio classico di sostegno alle vittime.

#### *L'accesso alle associazioni*

- Informazione da parte dei servizi investigativi (polizia/gendarmaria)
- Attivazione dell'articolo 41 comma 7 del PPC (Procuratore della Repubblica)
- Linee guida e i riferimenti dallo 08 VITTIME
- Atti di citazione nel quadro di accordi locali o nazionali con organismi pubblici o privati
- Orientamento verso partner pubblici o privati

#### *Gestione totale delle vittime*

##### *Valutazione di tutte le conseguenze del reato sulla vittima*

Gli operatori delle associazioni per le vittime accompagnano la parte lesa in tutte le difficoltà che può incontrare a seguito del reato.

#### **Servizi offerti all'interno dell'associazione, in un unico luogo**

- Informazioni sui diritti della vittima
- Sostegno psicologico
- Sostegno sociale
- Pratiche amministrative
- Sostegno nelle difficoltà materiali e finanziarie
- Sostegno in campo sociale
- Sostegno in famiglia

- Sostegno in ambito professionale

#### *Gestione nel tempo*

- Presenza tempestiva
  - Accompagnamento nel tempo con quanti più colloqui possibili
- bili
- Secondo la procedura legale (se presente)
  - Al di là del processo, nell'esecuzione delle pene (al momento della notizia di messa in libertà del reo, di una liberazione anticipata...)

#### *Rinvii ad altre strutture competenti*

##### Principi:

- Un collegamento molto importante di controllo e gestione della vittima
- L'associazione serve da filo conduttore per la vittima
- La combinazione di assistenza alle vittime è il garante della completezza e della coerenza delle risposte

##### *Partner:*

- Mondo giuridico [avvocato, JAP (Juge de l'Application des Peines - Tribunale di Sorveglianza), Fondo di garanzia...]
- Mondo della sanità (centro di salute mentale, psicologo, psichiatra, specialista...)
- Mondo associativo specializzato

#### *Formalizzazione di partnership e accordi*

##### A livello nazionale, enti pubblici:

- Dipartimento di Giustizia (accordo)
- Ministero degli Interni (estensione della permanenza associativa nei commissariati)
- Fondo di garanzia per il risarcimento delle vittime

- Ministero degli Affari Esteri, Istruzione nazionale... (aiuto alle vittime segnalate)

A livello nazionale, organismi privati:

- Istanze specifiche degli avvocati
- Strutture di accesso al diritto
- Numeri telefonici sociali (bambini maltrattati, violenza domestica...)
- Unità di emergenza medico-psicologica
- Associazioni specializzate e associazioni delle vittime

A livello associativo locale

- Dipartimento della Giustizia (accordo pluriennale di obiettivi)
- Ministero dell'Interno (sede dell'associazione e orientamento)
- Tribunale (gestione ordinaria delle vittime traumatizzate)
- Foro locale (invii reciproci avvocato / associazione)
- Ospedale (sede e schema di intervento per le vittime)
- Emergenza medico-legale (certificato medico, servizio continuato)
- Centro di sostegno
- Assegni familiari, assicurazione sanitaria...

## **5. Attualità del diritto e dell'assistenza alle vittime in Europa**

### *5.1. La Commissione Europea propone standard minimi applicabili alle vittime del crimine*

La proposta di direttiva del Parlamento Europeo (18 maggio 2011) mira a garantire che i bisogni specifici delle vittime siano presi in considerazione nel procedimento penale, a prescindere dalla natura del reato o del luogo della sua esecuzione nell'Unione Europea (UE). Fa parte di una manovra legislativa che mira a rafforzare

i diritti delle vittime nell'UE e che comprende inoltre due strumenti: una comunicazione intitolata "Rafforzare i diritti delle vittime nell'Unione Europea" e una proposta di regolamento relativa al riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile.

La Commissione europea, in base al programma di Stoccolma (2010-2014: Programma di Libertà, Sicurezza e Giustizia) e del piano d'azione che lo mette in atto, ha definito come priorità strategica la protezione delle vittime di reati e l'istituzione di norme minime. Questi documenti collocano le vittime al primo posto nelle preoccupazioni dell'Unione europea e consacrano la necessità e la volontà di sviluppare un approccio integrato e coordinato alle vittime.

La direttiva riconosce lo status di vittima non solo alle persone che hanno subito una violazione come conseguenza di un reato, ma anche ad alcuni membri della famiglia se la persona muore dopo il reato.

**Vittima:** qualunque persona che ha subito un danno, compresi una violazione della sua integrità fisica o mentale, una sofferenza morale o una perdita materiale causata direttamente da un reato penale, e qualsiasi membro della famiglia di una persona il cui decesso sia dovuto ad un reato penale.

**I membri familiari:** il coniuge, il partner, i parenti diretti, fratelli e sorelle a carico della vittima.

## *5.2. Informazioni e sostegno alle vittime*

Affinché possano far valere i propri diritti, le vittime devono ricevere sufficienti informazioni in forma comprensibile. Devono inoltre avere accesso a servizi di consulenza psicologica e pratica.

La proposta mira a garantire loro:

- il diritto di ricevere le informazioni dal primo contatto con l'autorità giudiziaria, anche sulla modalità di presentazione del re-

clamo, sui dettagli della procedura e su come ottenere la protezione, se necessario;

- il diritto di ricevere le informazioni relative al caso, in particolare sulla decisione di interrompere o proseguire l'iter giudiziario, sulla data e il luogo della processo e, a determinate condizioni, sul rilascio della persona perseguita;
- il diritto di comprendere ed essere compreso;
- il diritto all'interpretazione e alla traduzione: se non parla la lingua usata nel procedimento, la vittima deve avere un servizio gratuito di interpretariato e ricevere una traduzione della denuncia, qualsiasi sia la decisione conclusiva del procedimento e le informazioni sui suoi diritti;
- il diritto di accesso ai servizi per le vittime: questi servizi dovrebbero essere gratuiti e accessibili anche ad alcuni membri della famiglia. Essi forniscono sostegno morale e psicologico e un aiuto pratico su questioni finanziarie e sul ruolo della vittima nel procedimento penale.

### *5.3. La partecipazione della vittima nel procedimento penale*

Le vittime hanno un interesse legittimo che giustizia sia fatta. Peraltro, esse devono poter partecipare al procedimento penale che le riguarda. A tal fine, la proposta della Commissione prevede una serie di diritti che dovrebbero essere garantiti:

- il diritto a ricevere una copia del reclamo;
- il diritto di essere ascoltati durante il procedimento;
- il diritto di chiedere un riesame in caso di mancata azione giudiziaria;
- il diritto a garanzie in caso di ricorso alla mediazione o ad altri servizi di giustizia riparativa; l'obiettivo è quello di proteggere le vittime contro le intimidazioni o ulteriori violazioni durante il processo. In particolare, questi servizi devono essere utilizzati solo con

il consenso della vittima e una adeguata informazione. Il consenso può essere revocato in qualsiasi momento;

- il diritto all'assistenza legale e il rimborso delle spese se la vittima è coinvolta in un procedimento penale;
- il diritto alla restituzione dei beni sequestrati nel corso dei procedimenti penali;
- il diritto a quanto è stabilito in merito al risarcimento da parte del trasgressore, nell'ambito del procedimento penale;

Per le vittime residenti in un altro paese dell'UE, le difficoltà che ne derivano devono essere limitate, anche raccogliendo le loro dichiarazioni subito dopo il deposito del reclamo, utilizzando il più possibile la videoconferenza e la teleconferenza per il loro ascolto.

Quando la vittima non può presentare la denuncia nello Stato in cui è stato commesso il reato, deve essere messa nelle possibilità di farlo nel suo paese d'origine, che lo inoltrerà allo Stato interessato.

#### *5.4. Protezione delle vittime e riconoscimento della loro vulnerabilità*

La Commissione propone l'adozione di misure messe in atto per proteggere le vittime e le loro famiglie contro ritorsioni o intimidazioni da parte del trasgressore. Le autorità si attiveranno quindi per ridurre il contatto con lui, in particolare nei locali del procedimento.

Durante le indagini, le vittime saranno intervistate in modo rapido e per non più del tempo necessario. Se lo desiderano, possono essere accompagnate da un rappresentante legale o da una persona di loro fiducia. La privacy e le loro famiglie devono essere protette.

La proposta di direttiva riconosce che alcune persone corrono un rischio particolarmente alto di soffrire nuovamente, nel contesto di un procedimento giudiziario. Le vittime vulnerabili si vedono accordare, previa valutazione delle esigenze individuali, diritti

e servizi supplementari. I bambini, i disabili, le vittime di violenza sessuale o di tratta umana sono considerate, dalla proposta, come vittime vulnerabili.

È importante assicurare che gli avvocati, i poliziotti e i membri dei servizi di assistenza alle vittime siano adeguatamente formati per poter soddisfare al meglio le esigenze delle vittime.

### *5.5. Coerenza con altri obiettivi e politiche dell'Unione*

Questa proposta mira a garantire la presa in considerazione e la soddisfazione delle molteplici esigenze delle vittime di criminalità che riguardano un certo numero di governi dell'UE.

In particolare, la tutela dei diritti delle vittime è una componente essenziale di una serie di politiche e / o strumenti della UE in materia di:

- tratta di esseri umani
- sfruttamento e l'abuso sessuale dei bambini
- violenza contro le donne
- terrorismo
- criminalità organizzata
- infrazioni stradali.

## **6. ...per integrare**

Dal novembre 2011 la Commissione Europea ha informato il Victim Support Europe (VSE) che alla fine dei negoziati, una serie di emendamenti è stato adottata, indebolendo i diritti così come concepiti nella proposta della direttiva originaria.

Sintesi dei principali cambiamenti nel progetto di direttiva dei negoziati degli Stati membri (analisi del VSE)

### **Articolo 1-2 - Obiettivi e definizioni**

I membri della famiglia non fanno più parte della definizione di “vittima”.

Gli Stati membri possono stabilire delle procedure per limitare il numero di beneficiari familiari dei diritti conferiti ai sensi della direttiva.

### **Articolo 5 - Diritto di informazione**

Il diritto delle vittime a ricevere informazioni sul loro caso è stato notevolmente modificato.

Questo diritto è stato suddiviso e parte del testo è stata spostata considerando che così recita: “il desiderio delle vittime di ricevere o meno informazioni deve essere preso in considerazione. Forniremo le informazioni se la vittima fornisce il suo indirizzo di posta alle autorità competenti “. (N.B: questi paragrafi del preambolo non vincolano giuridicamente gli Stati membri, ma dovrebbero essere presi in considerazione al momento dell’attuazione della Direttiva, i diritti dovrebbero essere interpretati nello spirito del preambolo).

Articolo 5 (b) ripristina la richiesta agli Stati membri di considerare il desiderio della vittima di ricevere informazioni.

L’articolo 5 (2) prevede che alle vittime dovrebbe essere offerta la possibilità di essere avvisati quando una persona in detenzione preventiva, perseguita o condannata, è stata rilasciata “almeno nei casi in cui può esservi un pericolo per loro”.

### **Articolo 7 - Diritto all’interpretariato e alla traduzione**

La traduzione e l’interpretariato saranno disponibili solo per le vittime che sono attive nel procedimento (parte, testimone...) e non per le vittime che vogliono semplicemente seguire il processo. (Questo avrà probabilmente un impatto maggiore per i paesi di common law in cui la vittima non partecipa automaticamente al procedimento).

### **Articolo 8 - Diritto di accesso ai servizi per le vittime**

Il diritto all'assistenza emotiva e psicologica è stato modificato e riguarda ormai soltanto il sostegno emotivo. Nessun altro cambiamento è stato ancora formalizzato in merito a questo diritto, ma suggerimenti sono stati forniti in modo informale per sostituire la necessità imminente degli stati membri di istituire un servizio in favore delle vittime, con la sollecitazione a che lo Stato membro "promuova" i servizi di aiuto alle vittime – il che in sostanza rappresenta un elemento che indebolisce il significato della decisione quadro del 2001.

### **Articolo 10 - Diritto di riesaminare la decisione di non citare in giudizio**

L'indicazione "come stabilito dal diritto nazionale" è stata aggiunta a questo articolo. Tuttavia, sono state adottate misure per indebolire ancora di più questa disposizione, probabilmente pensata per consentire un riesame solo riguardo ad alcuni reati/casi.

### **Articolo 11 - Mediazione**

Diverse piccole variazioni sono state apportate a questo articolo, la più importante afferma che un accordo "può" essere preso in considerazione in un eventuale procedimento penale successivo, in contrasto con la precedente formulazione per cui l'accordo "deve" essere preso in considerazione.

### **Articolo 13 - Rimborso delle spese**

Solo le parti, i testimoni, le vittime (testo esatto da decidere) riceveranno un rimborso.

### **Articolo 18 - Mancanza di contatto tra vittima e reo**

Dopo numerosi cambiamenti, l'articolo afferma molto chiaramente che "*gli stati membri istituiranno progressivamente le condizioni necessarie per permettere l'assenza di contatto tra le vittime e le loro fa-*

*miglie e l' accusato o le persone sospettate, negli ambienti in cui si svolgono i procedimenti giudiziari, a meno che le procedure giudiziarie non lo richiedano”.*

### **Articolo 21 - Identificazione delle vittime vulnerabili**

La lista delle caratteristiche / reati in cui si assume che una vittima sia vulnerabile basandosi sulle qualità personali della vittima e/o la natura del reato, è stato cancellata. Si dovrà invece procedere per ogni vittima ad una valutazione individuale per determinare se sia vulnerabile o no. Un enunciato a parte è stato incluso per affermare che i bambini sono sempre presunti vulnerabili.

### **Articolo 22 - Diritto alla protezione delle vittime vulnerabili**

Ogni misura è stata indebolita con l'introduzione delle parole “quando necessario”. Ad esempio, il primo provvedimento afferma che i colloqui con la vittima saranno condotti, “quando necessario”, in locali appositi o adattati per questo scopo.

### **Articolo 24 - Formazione del personale**

L'articolo è stato leggermente modificato in modo da porre ormai questa esigenza per tutti “gli operatori/ funzionari che possono entrare in contatto con le vittime”, come le forze dell'ordine, i pubblici ministeri e il personale giudiziario, che riceveranno una formazione sia generale che specialistica.

La necessità per il personale di assistenza alle vittime ad essere formati è stato annullata. Al suo posto, l'articolo 24 (3) cita solo che “*gli Stati membri provvedono affinché i funzionari pubblici e le autorità statali responsabili dell'aiuto alle vittime e della giustizia riparativa ricevano la formazione adeguata...*”

### **Articolo 26 - Recepimento**

L'attuale formulazione prevede l'attuazione in due anni, ma diversi stati membri hanno chiesto che tale periodo sia esteso a quattro anni.

## Articolo 27 - Comunicazione dei dati e delle statistiche

L'articolo 27 è molto breve, richiedendo solo che gli Stati membri forniscano i “*dati disponibili*” alla Commissione Europea.

Si suggerisce pertanto che questo paragrafo includa una spiegazione più lunga su quello cui si riferiscono i dati.

*Il paragrafo proposto si riferisce ai “dati statistici relativi alle informazioni sulle vittime, ai reati in questione, al numero di casi perseguiti e che hanno portato ad una condanna, al numero di vittime che richiedono o meno informazioni, protezione, interpretariato, traduzione e rimborso”.*

Di fronte al rischio che i negoziati indeboliscano la direttiva – che conferma il diritto all’informazione, alla protezione e all’accesso ai servizi per le vittime – e finiscano col lasciare le vittime senza accesso ai diritti e ai servizi adeguati, il Victim Europe Support ha creato una petizione per una difesa più forte dei diritti per tutte le vittime nell’Unione europea, accessibile tramite il seguente link: <http://www.change.org/petitions/european-parliament-give-eu-victims-of-crime-access-to-stronger-rights-and-support-services>

## 7. Conclusione e percorsi di riflessione

In Italia vi sono molte piccole organizzazioni interessate alle tipologie di vittime di reati molto specifici. Tuttavia, sarebbe davvero interessante costituire un’organizzazione nazionale che riunisca tutte queste strutture e fornisca servizi minimi alle vittime in generale.

Come in Francia, questa iniziativa può e deve venire da professionisti che si confrontano con le necessità delle vittime si uniscono per creare supporto e assistenza. alle vittime di reati e si fanno portavoce delle vittime dal momento che non sono direttamente coinvolti.

In questi tempi di crisi, serve consultare il modello di business per accogliere e assistere le vittime? Si possono accordare finanziamenti pubblici vista l'incertezza dei bilanci e coinvolgere l'opinione pubblica? Oppure bisogna attingere ai finanziamenti nazionali in materia di politiche di sicurezza pubblica e sanità? Ai finanziamenti locali per una migliore comprensione e un adeguamento ai bisogni e alle aspettative delle vittime? Ai finanziamenti privati più sicuri, ma non più eterni, e che possono portare ad un certo strascico di clientelismo? O, infine, a sovvenzioni da parte degli autori stessi, raccolti in un fondo per le organizzazioni di assistenza alle vittime. In Francia l'INAVEM sta cercando di far approvare una legge che stabilisca una sovra multa (importo o percentuale in aggiunta all'indennizzo, per ogni autore condannato definitivamente per qualunque reato).

Quale che sia, l'apporto economico in favore delle azioni in favore delle vittime, è necessario integrare organismi sovranazionali come il Victim Support Europe per condividere le migliori pratiche.

Non dimenticare che l'intera assistenza può essere completata da interventi specifici per alcune vittime, quali i laboratori e i progetti teatrali per i bambini vittime di violenza sessuale, o i gruppi di parola per le vittime di violenza domestica.

Creare reti tra le agenzie che sostengono progetti in favore delle vittime, anche appartenenti ad etnie e culture diverse.



# Sicurezza urbana tra repressione, partecipazione e nuova punitività\*

di Silvio Ciappi\*

## 1. Introduzione

*Trista gente è quella di un popolo che segue lo sbatter di bandere e stendardi piuttosto che le idee ben mastecate.*

Niccolò Macchiavelli

La criminalità di oggi, in Italia come nella maggior parte dei paesi occidentali, è nel sentire comune assimilabile a una tela del grande pittore fiammingo Hieronymus Bosch: una variegata umanità condannata all'inferno. All'interno della tela compaiono giovani rumeni ubriachi, ragazzoni dalla faccia attonita e perbene responsabili di efferati omicidi, immigrati con i sorrisi carciati, prostitute, spacciatori maghrebini, pedofili, inquietanti volti di terroristi islamici. E poi sullo sfondo tanta gentaglia, forse pezzenti, miserabili, senza tetto, sconvolti dal vento della miseria e dall'incubo della ripetizione e della noia. Autori di atti senza movente, di

\* Docente di Criminologia presso l'Istituto Progetto Uomo della Pontificia Università Salesiana di Roma.

gesti atroci, di vigliaccherie quotidiane, soggetti impresentabili, inguardabili, irrimediabilmente portati al male. Dall'altra parte del quadro ci siamo "noi", gli indifferenti, gli stanchi di pensare che le grandi mutazioni sociologiche riducano con le loro stracciate teorie giustificazioniste la criminalità. Noi che ci sentiamo insicuri e che proiettivamente identifichiamo in "quelli" la radice della nostra angoscia. Noi che però rimaniamo spiazzati quando la cronaca ci sbatte in faccia l'ennesimo caso di omicidio efferato che vede coinvolto non più lo "stereotipo", ma uno come noi, un onesto padre o madre di famiglia, quel ragazzo ben educato, quella ragazzina dal volto gentile. Allora a cadere in crisi è il nostro sistema di pensare il male, i reati, la pena, la società nel suo complesso. Ci guardiamo stupiti allo specchio e ci vediamo con le borse sotto gli occhi, con un cerchio alla testa, come dopo una notte di sbronze, che non ci impedisce di pensare. Ecco perché "noi" abbiamo creato col tempo un nuovo modo di intendere il crimine e soprattutto un nuovo modo di affrontarlo. E questo nuovo modo si chiama "nuova punitività", è un modo veloce di rispondere alla nostra insicurezza, di dare un giusto compenso a quegli individui che minacciano le condizioni della nostra esistenza, senza porsi più troppe domande, forse perché le domande non esistono più.

Il titolo di questo intervento riprende una sorta di slogan ("The new punitiveness") coniato da alcuni studiosi di giustizia criminale e teso a sottolineare le nuove frontiere, i nuovi strumenti, le nuove ideologie del controllo sociale e della risposta alla devianza<sup>1</sup>.

Gli strumenti della nuova punitività amalgamano spesso tra di loro strategie di controllo sociale diverse per finalità e natura. Si va da strumenti di predizione attuariale della delinquenza a strumenti di giustizia riparativa, prassi che spesso finiscono col convivere all'interno delle varie infrastrutture penali e processuali. Non deve

<sup>1</sup> In particolare alludo al volume che condensa varie posizioni su questo tema di Pratt e coll. (2005).

quindi stupire che accanto a strumenti di prevenzione situazionale si affianchino strumenti *soft* di giustizia penale come il modello riparativo. Quello che conta è il parametro comune con cui queste politiche vengono messe in atto, seguite e valutate: l'efficacia.

La parola chiave con la quale interpretare la penalità di inizio millennio è proprio questa: efficienza e gestione del rischio (*risk management*), in un'ottica di riduzione dello stato sociale allo stato penale, e in una successiva ottica di riduzione delle misure penali a misure amministrative di controllo. Sembrano venire meno alcuni miti: quello della giurisdizionalizzazione della pena, dell'efficacia trattamentale delle misure alternative al carcere, della individualizzazione della pena e del trattamento.

La realtà delle politiche globali di riduzione della criminalità è quindi derivabile dalla complessità e reciproca interdipendenza di programmi di gestione, di recupero e di trattamento della delinquenza spesso disomogenei tra loro. Una sorta di vaso di Pandora nel quale si mescolano tra di loro istituti diversi per finalità, per ideologie di riferimento, per valutazione. Quello che conta è che il sistema, si dice, funzioni. Questa parola chiave è sottesa ad una posizione di tipo filosofico-epistemologico per cui qualsiasi cosa può andare bene (il riferimento è all'anarchismo metodologico di Paul Feyerabend), purché funzioni, ovvero risponda allo scopo che generalmente è quello di diminuire l'apparire della criminalità in specifici luoghi, di determinati soggetti, riguardante determinati comportamenti. La nuova penalità fa suoi i principi della ragione strumentale, è *logos* rispetto a uno scopo. Non si propone obiettivi generali, non è applicazione di filosofie e intendimenti più generali circa l'uomo, la società, il diritto. Il suo *telos* è interno al sistema: la nuova ideologia della pena non conosce ideologie, solo strumenti, ha come scopo l'elaborazione di politiche di riduzione della criminalità che siano efficienti; non si propone di cambiare l'orizzonte di senso della giustizia penale e della società che intende regolamentare. In questa accettazione la nuova punitività è *technè*,

sapere strumentale, irriducibile ad ogni sintesi teorica, sapere pragmatico che prescinde da premesse generali.

Vengono in questo intervento riportati i principali strumenti della “nuova punitività”, tra i quali ho ricompreso anche il modello di giustizia riparativo, che pur discostandosi per obbiettivi e finalità dagli strumenti attuariali e situazionali, è l’unico modello che riesce a convivere con le altre strategie punitive in virtù sia dell’enfasi che ripone sul concetto di vittima, sia del contributo che offre a una visione comunitaristica e informale della giustizia.

Le varie tecniche di nuova punitività sono largamente applicate nel mondo occidentale. Per disgrazia o per fortuna (dipende dai propri orientamenti) il ritardo dell’Italia rispetto a tali politiche è forte. E ciò è dovuto a svariate ragioni. La prima vuole che in tema di controllo sociale e politiche della devianza l’attenzione sia maggiormente rivolta al momento di creazione della norma piuttosto che alla valutazione della stessa, presupponendo che una legge maggiormente afflittiva ad esempio, sia capace *ipso facto* di ridurre i fenomeni criminali che intende regolamentare. La seconda ragione, che è una diretta conseguenza della prima, risiede nel fatto che poco ci si interessi in Italia di *policies*, ovvero sia di valutazione delle politiche criminali accontentandoci sommariamente solo, spesso, di rinfoltire il corpus legislativo con misure emergenziali. Una terza ragione è dovuta al fatto che poi spesso alla severità sanzionatoria non fa da contraltare un’applicazione delle norme coerente (ma bilanciata da principi ora garantisti, ora repressivi) col risultato che spesso senso di insicurezza, garantismo delle norme e delle procedure e allarme sociale rappresentano istanze in rotta di collisione tra loro.

Nel corso di questo intervento saranno presenti vari commenti sulle singole misure di controllo esposte, per cui, proprio in virtù del fatto che la nuova penalità globale non è sorretta da una filosofia sintetica di riferimento, anche noi ci limiteremo a valutare criticamente istituto per istituto le singole opzioni di politica criminale

senza addentrarci in riflessioni conclusive generali. Lo scopo ambizioso vuole essere appunto un tentativo di far parlare due mondi, o meglio due atteggiamenti davanti al composito mondo della giustizia e dei conflitti: quello dei teorici e quello dei pratici, mostrando quali siano le pratiche in uso ma anche quali siano le questioni teoriche oggi più importanti da affrontare in tema di criminalità e sicurezza. Il dibattito sulla giustizia non deve ridursi a un qualcosa di nobile, di elitario, a un fiore all'occhiello che si aggiunge alle proprie conoscenze, ma essere uno strumento potente di critica se è vero che la giustizia è invocata laddove si pone un problema di rispetto delle regole, di qualsiasi regola anche la più elementare e fuori dai codici. Il dibattito sulla giustizia (e sulle nuove forme di penalità) ha e deve continuare ad avere una funzione puramente negativa: la critica alle regole del gioco, se non si vuole far sì che un qualsiasi ordine delle regole, anche se maggioritario (soprattutto se maggioritario), anche se efficiente, (soprattutto se efficiente), finisca poi con l'essere giustificato in nome della giustizia.

## **2. Criminal Justice: un'occasione perduta**

Dalle ronde di poliziotti nei vicoli di Spaccanapoli alle campagne di educazione alla legalità nelle scuole fiorentine passando per le strategie di prevenzione situazionale, come l'illuminazione pubblica e la videosorveglianza, e i programmi di mediazione. Cosa funziona nel variegato mondo delle risposte alla criminalità? e quale è lo sfondo filosofico e giuridico che fa da sfondo a ogni opzione di intervento? Spesso si ha la sensazione che dietro ogni formula garantista, di tolleranza zero, di proclami di lotta senza esclusione di colpi si nasconda il vecchio vizio delle politiche di giustizia criminale nel nostro Paese: quelle di essere visioni senza strategia, navigazioni in mare aperto in balia delle onde del risentimento pubblico e di campagne emergenziali contingenti, di

“mode” finalizzate unicamente a soddisfare l’allarme sociale provocato dal delitto: in fin dei conti atteggiamenti contingenti che svicolano da ogni serio controllo circa la loro efficacia.

Contrariamente, in molte democrazie occidentali nel campo del *sentencing* e delle politiche criminali esiste da almeno una trentina di anni una vasta gamma di strumenti, repressivi o riabilitativi, *liberal* o conservatori, welfaristici oppure ispirati alla logica del puro contenimento. Questo moltiplicarsi di pratiche di giustizia criminale permette allo scienziato sociale e soprattutto al criminologo di poter testare l’efficacia dei singoli sistemi di giustizia, operazione questa pressoché sconosciuta nel nostro Paese.

Nella cultura anglosassone anche i termini per definire gli ambiti disciplinari e operativi degli strumenti di prevenzione della criminalità sono diversi: in questi Paesi (dove vi è una forte cultura criminologica considerata come una sorta di “coscienza critica” del diritto penale), la dizione “*criminal justice*”, indica tutti quegli strumenti, quelle strategie (non solo giudiziarie) e quei meccanismi volti ora a prevenire, ora reprimere e dirigere il conflitto, la devianza e la criminalità in genere. Il termine “giustizia criminale” è volutamente più ampio di concetti attigui quali quelli di “giustizia penale”, di “politica criminale”, più ampio perché oltre a prendere in considerazione le norme e le politiche di intervento, suo oggetto di studio è la valutazione della efficacia delle norme e delle politiche di intervento. In questo senso il termine *criminal justice* prendendo in considerazione gli studi volti a valutare l’efficacia degli strumenti di risposta al crimine, di cui lo strumento penale rappresenta solo un aspetto, costituisce un ambito disciplinare più esteso delle scienze penalistiche e criminologiche. Gran parte della ricerca criminologica contemporanea è infatti oggi finalizzata alla valutazione degli strumenti e delle politiche di giustizia criminale, ovverosia di tutto ciò che possa esser fatto per prevenire la criminalità. Esistono infatti strumenti di *criminal justice* che spostano l’area di intervento dall’ambito penale a quello di polizia (vedasi la

teorica della pena utile), oppure sul terreno amministrativo della gestione della città e della sicurezza (vedasi il tema della prevenzione situazionale). L'ambito disciplinare della giustizia criminale è quindi quello di un sapere multidisciplinare a carattere empirico-sociale finalizzato a dare una risposta ai molti problemi che spesso non si è in grado di risolvere nella esclusiva prospettiva del diritto penale, della sociologia criminale o della psicologia forense. Oggetto degli studi di *criminal justice* è infatti l'analisi critica, corroborata dall'utilizzazione di metodologie statistico-quantitative, degli istituti penalistici e procedurali, delle leggi penali in modo da poterne valutare l'efficacia e più in generale l'impatto nella realtà sociale. La funzione analitica e critica della criminologia permette di smascherare spesso la tortuosità retorica delle leggi e delle politiche penali che sempre di più divengono i campi di manovra ideali per l'eufemismo, specchi dove la buona società ama specchiarsi in tutta la sua rispettabilità. La criminologia è allora una fuga prospettica e concettuale, un faro che riesce a illuminare le grandi stanze retrostanti del diritto e delle politiche penali, dei grandi armamentari, considerati come il trionfo del Perbene, del Giusto, luoghi spesso abitati da logiche inconfessabili.

In questo senso la criminologia e la giustizia criminale divengono *saperi per una pratica sociale (policy sciences)* che in una prospettiva interdisciplinare divengono saperi interpretativi del vivere politico, rispondenti a domande essenzialmente di ordine sociale.

Purtroppo una certa tendenza della ricerca italiana ad occuparsi soltanto di diritto e poco di *policies*, cioè più di norme che della loro applicazione, ha fatto sì che per molto tempo siano state trascurate le difficoltà e le incapacità incontrate dall'applicazione di alcune misure legislative anche recenti (si pensi ad esempio alla legislazione italiana in tema di criminalità organizzata): purtroppo molto spesso si fa fatica a capire che il sistema del *law enforcement* e quello di giustizia penale non possono essere efficaci in astratto, dal momento in cui la loro effettività dipende e dal grado di effi-

cienza dell'intero sistema e dal fatto di avere alle spalle una robusta attività di ricerca che possa analizzare e valutare l'impatto di una potenziale misura legislativa o politica penale. Ciò ci sembra importante se si vuole evitare di discutere di politiche criminali o di supportare opzioni politiche indipendentemente dalla conoscenza degli effetti che esse provocano.

Credo quindi che l'utilizzazione di metodi di analisi affinati e sottoponibili a mezzi di controllo razionali in tema di politiche criminali costituisca la nuova frontiera del sapere criminologico in Italia che, unitamente a un approccio funzionalistico, miri a valutare il *come* e il *perché* di ogni singola opzione di politica criminale. Nel fare questo credo che la criminologia debba divenire ciò che è in molti altri Paesi del mondo, ovvero disciplina analitica, valutativa e critica degli strumenti di intervento penale e di controllo della criminalità. Quando parliamo di crimini e criminali vi è spesso un fattore storico di distorsione che inquina la nostra percezione realistica: l'*esotismo*. Spesso ci si occupa principalmente di tutto ciò che rende i criminali diversi (questo perché in ultima analisi lo spettacolo criminale esercita un suo indubbio fascino), senza vedere tutto ciò che hanno in comune con "noi": lotta per la sopravvivenza economica, attaccamento alla famiglia, volontà di riuscita sociale, ecc. (Ciappi 2009).

Infatti, quando ci si avvicina ad esempio al "ghetto" penitenziario e decidiamo di condurvi un'osservazione diretta e paziente, ciò che appariva prima (il criminale ed il suo ambiente) come "disorganizzazione", "patologia", "follia criminale" si rivela in molti casi essere *un altro modo di organizzare* la vita in funzione spesso delle costrizioni proprie di determinati ambienti sociali. E ci si accorge che i criminali perseguono assai spesso gli stessi obiettivi dell'italiano medio, ma con mezzi propri, vista la limitatezza e la scarsa portata di risorse e mezzi istituzionali loro accordata (secondo lo schema dell'"anomia" caro a Robert K. Merton).

Prendiamo la delinquenza minorile. Il delitto è a volte imputa-

bile a ragazzi e giovani adulti provenienti da aree degradate, giovani della marginalità che fanno della loro esclusione, della loro rabbia un principio di azione che può esplodere per i motivi più diversi. La violenza dei giovani della marginalità deriva spesso dai loro sentimenti di frustrazione, dalla loro sfiducia nei confronti di un sistema che non ti mette a disposizione mezzi legittimi di mobilità sociale. Questi giovani autori di delitti ambiscono al ruolo di cittadini-consumatori ma spesso sono relegati al ruolo di *sotto-consumatori*, essendo economicamente emarginati pur avendo appreso attraverso i mass media i valori e le ambizioni inattuabili della classe media. Giovani di una provincia che non è solo luogo geografico: è ancor più luogo simbolico di esclusione o semi-esclusione dal mondo dei consumi, dai *cliques* della vita a lustrini della televisione. Per questi giovani il sentimento di esclusione diviene rabbia, risentimento, noia, voglia di uscire dal ghetto, macigni che comprimono la vita emotiva, che la rendono infelice. Ecco come anche in questi casi il ruolo del criminologo debba essere quello di descrivere il funzionamento delle politiche penali e socio-assistenziali nei confronti di questi giovani nati già adulti, impenetrabili e scarsamente leggibili. Altre volte a commettere i delitti non sono i figli poveri di famiglie povere, ma i figli poveri di famiglie ricche. Qua il discorso cambia (rovesciandosi molti *cliques* sociologici di tipo causalistico che vedono nell'impovertimento di alcune condizioni strutturali di base la "causa" del comportamento deviante), e quindi ritengo che anche il modo di *sentencing* debba tenerne conto: le caratteristiche dell'ambiente sociale e familiare, la mancata crescita emotiva seppur contornata da abiti di buone maniere (economica, culturale, etnica, eccetera) divengono essenziali se vogliamo costruire politiche penali che abbiano il senso dell'effettività.

Il criminologo, al di là delle figure stereotipizzate dai *media* (che spesso riducono tale figura a un incrocio tra il mago dell'anima e il guru), deve allora fare un importante salto di qualità e assumere le

vesti dello scienziato sociale capace di valutare l'impatto delle politiche di intervento con serenità e obbiettività, cercando di non nascondersi gli inevitabili condizionamenti socio-culturali e ideologici che si porta addosso unitamente alla consapevolezza dei propri limiti, evitando quindi di considerare il proprio discorso come immune dall'ideologia e ritenerlo al contrario "oggettivo" e "neutrale". Tutto ciò credo che possa favorire un allargamento della conoscenza criminologica che è interpretazione critica dei fenomeni che si intendono e si vogliono, appunto, analizzare. Credo anche che il ruolo del criminologo non debba essere quello del tecnico della sicurezza, dell'esperto nella ragione strumentale, di colui che riesce a impiantare e valutare politiche dell'efficacia riguardo singole misure penali. Le tecniche di prevenzione del crimine che affronteremo sono appunto tecniche, e come tecniche tendono a uno scopo ma non promuovono un senso. Ci spiegano come evitare i furti negli appartamenti ma lasciano irrisolti i motivi per cui alcuni individui hanno deciso di commettere quell'atto. Atti che passano dal cuore alla testa in un baleno, che tradiscono spesso il bisogno di essere accettati e amati, oppure la freddezza emotiva più totale che traspare dalle facce atoniche, indifferenti, tranquille di giovani delinquenti di provincia. Compito di queste tecniche non è trovare una risposta a queste domande, si eludono le questioni fondamentali, col risultato che le tecniche della nuova punitività lasciano il mondo intatto così com'è, lasciando fuori interrogativi inquietanti o relegandoli al nostro personalissimo e disorientato sentire (Ciappi 2010).

### 3. Funzione della pena e sicurezza nel contesto neoliberale: il ruolo della criminologia “liquida”

E come a culo indietro discende la nave, così essi, il maggior numero, come nave o gambero, e proprio perché gamberi, a culo indietro, in ragione dei loro non titoli, discendevano, scivolavano felicemente nel mondo. Pittati di un loro splendore nuovo... Ognuno credeva, realmente, di essere una cosa seria.

(C.E. Gadda, *La cognizione del dolore*, 1963)

L'idea di sentirsi parte di una comunità più grande e più estesa rispetto al ristretto ambito della nostra esistenza quotidiana fa parte delle nostre piccole-grandi vanità di uomini, di uomini-gamberi come celebrò in un insuperabile ritratto Carlo Emilio Gadda. Eppure per chi respira aria di insicurezza, chi avverte la precarietà, non ha niente di meglio che rifugiarsi in un mondo di compiaciuta sicurezza, in scene borghesi, come quella mirabile dei “manichini ossibuchivori” descritta appunto dal grande narratore italiano. Dove al *bon ton*, alle buone maniere ostentate dagli invitati di un pranzo in un ristorante alla moda si insinuano poco a poco i sentimenti di brutalità, cialtroneria, invidia, i sentimenti “bassi” di un'apparente ed elegante normalità. Una borghesia che spesso cova con lo sguardo carezzoso dell'odio le voglie più turpi. E la voglia di carcere è appunto una di queste. E se andiamo ad analizzare bene cosa si cela dietro ai proclami di città più sicure, di ideologie redivive di legge e ordine scopriamo che queste spesso non fanno altro che smascherare le falsità, le ipocrite certezze di un modello di società.

Il carcere è un'invenzione relativamente recente coincidente con l'instaurarsi nelle società europee dell'economia borghese. Nasce e si sviluppa nel secolo XVIII allorquando la giustizia bor-

ghese, l'illuminismo giuridico definisce l'aritmetica dei delitti e delle pene. Il carcere si sviluppa secondo l'ottica prevalente di difesa sociale. Il carcere durante tutto il Novecento – come ben ricordano Melossi e Patarini – diviene “fabbrica”, luogo di contenimento e di controllo di una umanità impazzita, sottosviluppo del sistema capitalistico (prostitute, criminali, briganti, anarchici, pazzi, mendicanti, ecc.). È attraverso l'istituzione carcere che, durante la fine dell'Ottocento, verrà perseguitata la funzione di formare e controllare il proletariato attraverso l'educazione alla disciplina. Il carcere diviene fabbrica poiché entrambi hanno come modello il principio della subordinazione disciplinata. In questo senso vanno anche le analisi di Michel Foucault, il quale elabora il concetto di disciplina come fondamentale aspetto dell'organizzazione capitalistica del lavoro ma anche come fondamento di una pratica di assoggettamento del corpo, di una “economia politica del corpo” base del potere reale del capitalismo contemporaneo. Attraverso la disciplina si sviluppa a partire dal XVIII secolo un modo nuovo di organizzare l'attività umana, nasce la nuova pratica votata allo scopo di rendere docili e utili gli individui (Ciappi 2009).

Funzione del carcere diviene insomma quella di trasformare il *Lumpenproletariat* (il sottoproletariato marxiano) di masse di contadini impoveriti, di senza lavoro in classe operaia. Le classi marginali diventano esercito industriale di riserva, funzionale alle regole del capitale, capace di fornire un serbatoio di mano d'opera per i periodi di espansione economica. A questo proposito è importante riferirsi ai lavori di Rusche e Kirchheimer i quali, abbandonando la ricerca focalizzata sul delitto, analizzano lo scopo e la funzione della pena. La pena è correlata allo sviluppo ed al succedersi dei modi di produzione, si inasprisce nei periodi di surplus di forza lavoro, addolcendosi invece in caso di alta disoccupazione.

Un dato di fatto è che però la prigione non ha sconfitto i cri-

minali, è fallita nel suo compito, li ha semplicemente prodotti e riprodotti nel tempo, ci dicono i più attenti osservatori del carcere.

È cambiata anche la funzione del carcere all'interno della più generale rete di rapporti sociali ed economici attuali, caratterizzati da fenomeni quali il postfordismo, la globalizzazione e soprattutto la perdita di relazioni comunitarie tra gli individui. Viviamo, afferma ad esempio Zygmunt Bauman, sempre di più tra persone che non conosciamo e che non conosceremo mai. È ovvio allora che quando manca la familiarità, le richieste di punizione del colpevole prevalgono sulla preoccupazione di correzione del danno. Al contrario quando viviamo in una situazione di familiarità la preoccupazione di mediazione del danno prevale sulla richiesta di punizione del colpevole.

Nelle condizioni di vita moderna l'aumento di popolazione ed il maggior numero di soggetti "altri" che entrano a far parte del nostro quotidiano crescono in misura ben superiore alla capacità stessa di assorbimento dell'intimità tra le persone, ovverosia alla capacità stessa di tessere durature relazioni personali. Ecco che il carcere diviene la risposta necessitata al più generale sentimento di non familiarità. Le nuove prigioni non sono un luogo coatto di disciplina, sono contenitori che assicurano la completa immobilizzazione dei nuovi esclusi, in sintonia con quanto avviene nei non luoghi delle periferie urbane e nei quartieri dormitorio.

Dunque appare che nella società di controllo il carcere cresce e aumenta la sua funzione di contenitore segregativo per intere fasce di popolazione. Osserviamo gli Stati Uniti: si va dal carcere di massima sicurezza, per i "nemici dello Stato", a quello puramente contenitivo, passando per i diversi gradi del "trattamento" sociale della diversità: i ghetti metropolitani, la detenzione amministrativa e preventiva, le terapie coatte in comunità, le strutture ospedaliere e psichiatriche, l'affidamento ai servizi socio-assistenziali, i sistemi diffusi di videosorveglianza e tecnosorveglianza i quali hanno lo

scopo di costruire attorno al carcere in espansione un numero crescente di soggetti sottoposti a forte controllo sociale.

Ad esempio la realizzazione di supercarceri non rappresentano la versione ipertecnologica, l'incarnazione ultima del Panopticon di Bentham. Quest'ultimo era concepito come un casa di lavoro disciplinato allorché la mancanza di manodopera disposta a lavorare veniva considerata come il principale ostacolo all'inserimento di potenziali operai in fabbrica: in sostanza, la funzione del carcere era quella di costruire "corpi docili" che si sapessero adeguare ai ritmi del lavoro salariato. Lo scenario attuale dei rapporti di lavoro è oggi caratterizzato dalla flessibilità, ovverosia da rapporti di lavoro collocati nello spazio e nel tempo e nei quali non è più importante come nell'ottica del *Panopticon* che i lavoratori imparino l'etica "fordista" del lavoro ma la dimentichino: «il lavoro può diventare davvero flessibile solo se i lavoratori, quelli di oggi e di domani, perdono le abitudini apprese nel lungo addestramento quotidiano al lavoro, se perdono i turni di ogni giorno, il posto fisso e la continuità di rapporti tra colleghi; solo se si astengono dallo sviluppare capacità professionali inerenti al loro attuale lavoro e rinunciano all'alimentare morbose fantasie sui diritti e le responsabilità di un lavoro inteso come proprio» (Bauman, in Ciappi, 2003).

In continuità con le politiche del lavoro i sistemi di giustizia penale cercano di adeguarsi; se l'ideologia del Panopticon era quella di un avviamento al lavoro, i supercarceri del tipo Pellican Bay o Supermax rappresentano le scuole del *nulla*: il contenuto del Panopticon era infatti quello di assicurare che i detenuti svolgessero alcune attività, seguissero determinate routine, insomma facessero delle cose. Ciò che conta per i reclusi del Supermax è che stiano lì.

Tale tendenza si unisce all'aria di noia e di disinteresse suscitata dalla questione della riabilitazione dei delinquenti: magari criminologi e amministratori penitenziari continueranno a dibattere sul tema, ma i gestori del sistema penale hanno abbandonato ogni di-

chiarazione di fiducia nella riabilitazione. Il pessimismo sul tema della riabilitazione parte anche dalla constatazione sulla inutilità dello strumento carcerario e del trattamento: l'effetto del carcere è quello di prigionizzare i reclusi, ossia di incoraggiarli ad assumere le abitudini del carcere, nettamente diverse da quelle fuori dalle mura: è chiaro come la prigionizzazione divenga l'ostacolo maggiore alla riabilitazione e al reinserimento del delinquente. E appare ancora molto più difficile inculcare i dogmi dell'*honeste vivere*, più facili da predicare che da perseguire almeno per la maggior parte della popolazione penitenziaria. Un motivo è dato dal fatto che le stesse agenzie di controllo si sono rese conto della inutilità delle svolazzanti premesse della riabilitazione dei delinquenti stante l'oggettiva incapacità per le istituzioni di istituire percorsi di risocializzazione e di reinserimento all'esterno, di investire sul sociale, parola quest'ultima che solleva più indifferenza del solito.

Il ruolo del carcere diviene importante in quanto indirizza le più ampie politiche sulla sicurezza. Sotto la voce "legge ed ordine pubblico", e sotto i demagogici inviti a città più sicure, si nasconde l'inclinazione dell'individuo di oggi a cedere quote della propria libertà per garantirsi livelli più alti di sicurezza (Bauman, 2003). La spettacolarità della punizione conta molto di più della sua efficacia, che viene saggiata molto raramente e in tempi lunghi, mentre l'opinione pubblica è generalmente apatica e capace solo di brevi attenzioni. Ecco perché i politici e gli amministratori di oggi sono solleciti nell'indirizzare l'opinione pubblica a nuove campagne volte alla criminalizzazione di individui, impedendo alla stessa opinione pubblica di riflettere sulle ragioni della propria insicurezza: «La gente sempre di più allevata alla cultura dei sistemi di allarme non può che entusiasmarsi a pene detentive sempre più lunghe. Se lo slogan di moda è rendere le nostre città più sicure, quali altri metodi possono essere più efficaci se non l'esclusione di individui pericolosi fuori dalla vista e la reclusione in spazi da cui non si può evadere? Ecco che se mettiamo insieme nuove immigrazioni, esclu-

sione dagli spazi pubblici e spettacolarizzazione delle misure punitive otteniamo l'effetto di criminalizzare la povertà, e gli emarginati».

Ecco perché all'interno di un orizzonte caratterizzato dalla rapida trasformazione dello Stato sociale in Stato penale, occorre rivedere i luoghi della criminologia e del sapere criminologico. Mi piace allora pensare alla criminologia come ad un sapere disarcionato dai rigidi schematismi neopositivisti. Mi piace pensare al discorso criminologico come ad un discorso aperto, "liquido" (traslando qui la dizione baumaniana) (per tutti, Ciappi, 2003). Un sapere che diviene discorso interpretativo delle presupposizioni ideologiche insite nei programmi neoliberali del controllo sociale. Interpretazione soggettivistica, narratologica, antiepistemologica del proprio oggetto. Una criminologia che diviene coscienza critica della società contemporanea.

## Bibliografia

- Bauman Z. (2003), *Questioni sociali e repressione penale*, in Ciappi S., *op. cit.*
- Ciappi S. (2003) (a cura di), *Periferie dell'Impero. Poteri globali e controllo sociale*, Derive&Approdi, Roma.
- Ciappi S. (2009), *La nuova punitività. Gestione dei conflitti e governo dell'insicurezza*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Ciappi S. (2010), *Il Vuoto dietro. Esercizi di anticriminologia*, Rubbettino, Soveria Mannelli.



# Criminalità minorile: riflessioni dal punto di vista riparativo

di *Lidia Ayora Mascarell\**

## 1. Premessa

Le reazioni sociali sulla trasgressione dei minori sono state diverse nel corso degli anni.

All'inizio, i modelli erano chiaramente di protezione, e sono evoluti nei cosiddetti modelli di *welfare*, per finire con nuovi modelli di responsabilizzazione dei giovani.

Il modello di responsabilizzazione, attualmente in vigore nella maggior parte dei Paesi della nostra cultura, ha permesso di introdurre alcuni interventi che prendono in considerazione le vittime.

Fino alla consolidazione di questo modello, le vittime praticamente non avevano voce nella giustizia minorile, perché in un modo o nell'altro l'obiettivo dell'intervento con i giovani consisteva nella loro riabilitazione. Ogni intervento era quindi sempre incentrato sulla figura del minore.

Questa è stata la tendenza della giustizia in Catalogna; abbiamo lavorato per promuovere e consolidare un modello di giustizia mi-

\* Psicologa e coordinatrice di programmi nel Dipartimento di Giustizia Minorile della Generalitat de Catalunya.

norile con le garanzie del diritto penale, educativo e che incoraggi alla responsabilità. Questo modello si caratterizza per il rispetto dei diritti, l'applicazione del principio del minimo intervento, l'obiettivo dell'individualizzazione e della contestualizzazione dei loro comportamenti.

Nel 1990 parte una iniziativa riparativa con il Programma di Mediazione e Riparazione. La ricerca di nuove risposte per il giovane delinquente e l'influenza delle correnti di *diversion* sono stati gli elementi per iniziare quello che oggi chiamiamo le *esperienze di giustizia riparativa*.

La giustizia riparativa considera il delitto come un danno particolare alla persona e come la rottura di un legame sociale. La risposta a questo reato è la riparazione del danno che è stato causato e la responsabilità non è dello Stato e dei professionisti della giustizia, ma di tutte le parti coinvolte nel conflitto: la vittima, il reo e la comunità. Il processo di giustizia riparativa è sempre partecipativo e dialogante.

Questo *articolo* tenta di spiegare quali sono gli interventi di giustizia riparativa che abbiamo implementato in Catalogna, di riflettere su alcune mancanze e di promuovere l'introduzione di nuove pratiche.

## **2. Giustizia minorile in Catalogna**

La Legge Organica 5/2000 di Responsabilità Penale del Minore, in vigore in Spagna dal 2001, definisce le azioni previste nel campo della giustizia minorile. Tutte le misure devono essere educative, promuovere la responsabilità, e privilegiare l'interesse superiore dei minori.

È obbligatorio che un'equipe di valutazione tecnica informi la procura e il giudice in tutti i casi di minori con una denuncia penale, sulla situazione psicologica, educativa, familiare e sociale dei

giovani e su altre circostanze rilevanti con il fine di applicare una delle misure previste per legge.

Le proposte dei professionisti non sono vincolanti, né per il pubblico ministero né per il giudice; in realtà le indicazioni dei tecnici sono molto seguite. L'equipe di valutazione tecnica ha ampie possibilità di proporre soluzioni alternative a quelle giudiziarie in una prospettiva riparativa.

Infatti, professionisti di questa stessa équipe (che lavorano come mediatori) realizzano il programma di mediazione e riparazione alla vittima.

Le misure che i consulenti possono proporre in ambiente aperto sono:

- Messa alla prova
- Lavoro per la Comunità
- Partecipazione in un Centro Diurno
- Vivere con altre persone, famiglia o gruppo educativo
- Trattamento terapeutico
- Compiti socio-educativi
- Fine settimana di permanenza in casa

La missione degli educatori specializzati della giustizia minorile che si occupano dell'esecuzione esterna, è quella di favorire la riabilitazione e il reinserimento sociale dei giovani sottoposti a misure che prevedono l'attivazione di azioni in favore della comunità.

La caratteristica che definisce l'intervento è la territorialità, ovvero l'attenzione ai giovani nella comunità di appartenenza. L'educatore lavora nel contesto sociale e familiare e questo permette di continuare o reindirizzare il processo di socializzazione e migliorare le relazioni che i giovani hanno già in corso.

Però la realizzazione di misure nel proprio ambiente non sarebbe possibile senza l'utilizzazione delle risorse della comunità mediante accordi di collaborazione con enti pubblici e privati (ad

esempio, Croce Rossa, Federazione dei comuni, centri di cura specializzati nel campo della salute mentale, ecc.).

Le misure in ambiente aperto costituiscono circa il 60% degli interventi nella giustizia minorile in Catalogna.

Infine, le misure più restrittive sono quelle d'internamento nei centri della giustizia: aperti, semi aperti, chiusi, terapeutici. L'internamento è sempre l'ultima ratio, per i giovani con molta recidiva e che hanno commesso reati gravi.

L'internamento costituisce circa il 10% degli interventi.

### **3. Mediazione e riparazione alla vittima**

La mediazione reo-vittima è la più importante pratica riparativa in tutti i Paesi d'Europa.

Si comincia nel 1990, con particolare attenzione al minore, come risultato della ricerca di nuove risposte per i giovani trasgressori, e come risultato dell'applicazione del principio d'intervento minimo, cioè come una forma di *diversion*.

Il concetto di giustizia riparativa è stato sconosciuto per molto tempo dai professionisti della pratica della mediazione.

L'offerta della possibilità di riparare la vittima si fa, in tutti i casi, quando il pubblico ministero ci informa, date le caratteristiche degli eventi, che può desistere dal proseguire il procedimento in caso di riconciliazione o di riparazione.

E il pubblico ministero informa che nel 90% dei casi il processo può essere extragiudiziario. La legge marca il caso deve a giudizio quando il delitto è grave, cioè con violenza.

Circa il 30% dei casi che riguardano la giustizia minorile finiscono con una mediazione.

Le condizioni richieste al trasgressore per partecipare alla mediazione sono:

Assumersi la responsabilità dei fatti per cui è imputato.

Dimostrare disponibilità di partecipazione volontaria sia per il giovane imputato sia i suoi genitori.

Mostrare una sufficiente capacità per riparare la vittima: impegno, riflessione, empatia, ecc.

Quando nel colloquio iniziale, alla presenza anche dell'avvocato, si decide per una mediazione, il mediatore entra in contatto con la vittima e crea uno spazio per ascoltarla e per capire le sue esigenze di riparazione a livello generale (materiale, morale...).

Nel caso in cui la vittima decide di partecipare attivamente alla soluzione del conflitto, il mediatore considera un incontro tra le due parti guidato dal mediatore. Nella prima metà partecipano solo il giovane e la vittima. Nella seconda parte di solito i genitori si aggiungono alla riunione per dare l'ok agli accordi raggiunti.

Questo è il processo di mediazione standard. È possibile anche che la mediazione avvenga indirettamente, cioè senza dover raggiungere le parti fisicamente. Ad esempio, attraverso lettere del reo che il mediatore trasmette alla vittima o richieste della vittima al reo (riparazione economica, impegno di non ricidiva, partecipazione a lavori in favore della comunità).

La mediazione è un intervento puntuale, nel senso che è centrata sul conflitto che ha originato la denuncia, e non si affrontano altri problemi sia del reo come della vittima. Per lavorare su questi problemi si inviano i casi ai servizi sociali e comunitari.

#### **4. Lavori di riparazione in favore della comunità**

L'obiettivo dei lavori di utilità sociale è responsabilizzare il minore, che deve fare un'azione utile e positiva per la comunità, deve riparare la comunità per il danno provocato.

La partecipazione della comunità è principalmente quella di fornire risorse utili ai giovani per riparare simbolicamente.

Possiamo distinguere due modi per effettuare un servizio a beneficio alla comunità:

a) Riparazione che il giovane fa volontariamente invece di andare in Tribunale: può essere il risultato di un processo di mediazione con la vittima, ma anche nei casi in cui la vittima abbia scelto di non partecipare, il mediatore offre ai giovani una riparazione sociale per sostituire quella diretta alla vittima.

Le ore che offre il minore sono concordate con il mediatore e con il rappresentante della società presso cui opererà e non soddisfano necessariamente i criteri di proporzionalità al delitto.

Questa è la forma più ripartiva.

b) Riparazione che il giovane fa in conformità con una sentenza del Tribunale, che prescrive le ore da svolgere, di solito in proporzione alla gravità del crimine.

## 5. Attività formative ed educative

I compiti socio-educativi sono un'altra pratica di giustizia riparativa, nel senso che si realizzano in maniera volontaria e dialogante.

Queste attività si distinguono dal servizio a beneficio della comunità, perché non sono indirizzate direttamente alla comunità; esse hanno una relazione diretta con il reato.

Le attività si fanno volontariamente nei casi di crimini senza vittime (contro la salute pubblica, contro la sicurezza del traffico) o nei casi in cui si è offerto un processo di mediazione, ma la vittima non partecipa.

Quando il mediatore pensa che per le caratteristiche del giovane sia opportuno che lo sforzo sia destinato a rimediare carenze personali, gli propone di seguire un'attività di formazione.

Alcune di queste attività comprendono: la partecipazione a corsi di educazione stradale, partecipazione a gruppi educativi contro le droghe, partecipazione alla terapia psicologica, partecipazione a gruppi d'abilità sociale, gruppi di controllo degli impulsi, ecc.

È possibile anche che il giovane delinquente svolga compiti destinati alla riflessione sugli aspetti correlati al reato... per esempio, sulla violenza nelle scuole, la distruzione di arredo urbano, ecc.

## **6. Prevenzione comunitaria**

Il Programma di prevenzione comunitaria all'interno della giustizia minorile propone di sviluppare modi alternativi per affrontare i conflitti con i giovani in modo flessibile e negli stessi luoghi in cui accadono. Si vuole rafforzare così la comunità, in modo che possa affrontare da sé i comportamenti trasgressivi e favorire l'integrazione del giovane.

I tecnici della giustizia minorile impegnati in questo programma stimolano i servizi sociali affinché sviluppino servizi di mediazione e risoluzione dei conflitti, anche per favorire una cultura del dialogo, del compromesso, dell'accordo e della responsabilità condivisa tra i giovani, le scuole, i vicini e le organizzazioni sociali.

L'equipe di prevenzione comunitaria interviene su richiesta dei comuni, di solito piccoli comuni che hanno conflitti con i giovani concittadini e non sanno più come agire. Hanno esaurito le risposte, di solito punitive. I tecnici della giustizia minorile fanno riunioni con il coinvolgimento di tutti i rappresentanti della comunità: assistenti sociali, educatori, forze dell'ordine, tecnici della giustizia, rappresentanti delle scuole secondarie, ecc.

Si vuole promuovere la partecipazione: gli attori coinvolti devono risolvere autonomamente i conflitti e devono essere capaci di assumere impegni per il futuro.

## **7. Riflessione sulle pratiche della giustizia riparativa**

### *7.1. La comunità*

La mediazione, il lavoro a beneficio della comunità, i compiti socio-educativo, la prevenzione comunitaria sono pratiche che hanno un

approccio riparativo. L'intervento più ristorativo è certamente la mediazione e con la riparazione alla vittima, perché prende in considerazione il trasgressore e la vittima, ed è un processo in cui le decisioni sono prese dalle parti.

Però, anche nella mediazione e riparazione alla vittima, manca un elemento chiave: la comunità.

La giustizia riparativa dà primaria importanza al contesto sociale e alle relazioni tra tutte le parti coinvolte: la vittima, il reo e anche la comunità.

La comunità è certamente la protagonista del programma di prevenzione, ma in altri interventi è pressoché assente. Possiamo dire che la comunità non è molto presente nella pratica della mediazione o di altre azioni extragiudiziarie riparative. È necessaria per i lavori a beneficio della comunità, per i compiti educativi, però, il più delle volte, la giustizia minorile *usa* la comunità!

Come la vittima viene dimenticata nel sistema di giustizia classica, così la comunità viene dimenticata nella pratica della giustizia ripartiva.

In realtà possiamo dire che le pratiche di giustizia riparativa sono ancora troppo isolate all'interno dell'universo della giustizia minorile. I tecnici della giustizia, cioè mediatori ed educatori, lavorano in modo che la comunità non si riconosca sufficientemente coinvolta dal punto di vista riparativo, non sia una parte attiva nella risposta, fornendo soltanto servizi.

Ed i professionisti della comunità delegano la loro responsabilità alla giustizia e non si sentono agenti attivi del conflitto o parti coinvolte.

Questa situazione crea difficoltà nello sviluppo di una giustizia riparativa piena.

Ad esempio, considerando i servizi sociali come una parte della comunità, si vede che hanno un ruolo principalmente come:

- Individuano risorse locali per gli adolescenti della loro città per svolgere attività educative o servizi per la comunità.

- Forniscono informazioni sui giovani e le loro famiglie per realizzare i rapporti di valutazione tecnica
- Ricevono i casi provenienti dalla giustizia minorile per intervenire secondo le loro competenze.
- Realizzano la mediazione comunitaria previa o complementare alla mediazione penale.

Esistono tuttavia diversi ostacoli:

- il tempo della giustizia non è il tempo dei giovani e spesso passano diversi mesi prima della sentenza.
- nel diritto penale, la misura viene imposta solo quando si dimostra la colpevolezza dell'imputato e questo non è sempre possibile.
- la domanda di misure è incompatibile con i principi della giustizia riparativa, e dunque le pratiche riparative sono viste per i servizi sociali come "soft".

Dunque, oltre al rafforzamento dei servizi sociali con più risorse per intervenire in profondità con i giovani, è veramente importante il coordinamento, al di là dei casi, per creare sinergia tra la comunità e la giustizia riparativa.

È importante che la comunità conosca i valori della giustizia riparativa per sviluppare gli interventi da questo punto di vista. È importante che i professionisti pensino ad altri metodi di risoluzione dei conflitti che non sia sempre la sanzione penale.

## *6.2. Limiti della mediazione*

Da sempre, la mediazione si è concentrata principalmente sulle figure del trasgressore e della vittima.

Questa metodologia è stata mantenuta nel corso degli anni con l'obiettivo di sottolineare la responsabilità che deve assumere il reo su di sé, senza l'aiuto diretto di altre persone. Il minore deve riparare da solo quello che – da solo – ha danneggiato. E, per simme-

tria, si è potenziata la necessità che la vittima affronti da sola il processo di riparazione. Quindi, le reti di sostegno sociale di ciascuna delle parti coinvolte non partecipano direttamente al processo.

Però, la mediazione non è sempre la risposta più efficace:

- ci sono domande della vittima che non vengono soddisfatte dalla mediazione, ad esempio una sofferenza psicologica che richiede cure specialistiche;
- ci sono bisogni educativi del reo che la mediazione non affronta. E di più, alcuni rei non possono partecipare al percorso mediativo perché alcune loro difficoltà personali e sociali interferiscono con il loro senso di responsabilità e con la capacità di assumere impegni.

Alcuni casi che non sono adatti per una mediazione, con una metodologia diversa potrebbero essere risolti dal punto di vista riparativo.

Possiamo considerare, allora, che gli interventi dei mediatori non tengono in considerazione la diversità di esperienze che a livello internazionale si sono sviluppate intorno alla giustizia riparativa.

## **7. Introduzione di nuove forme di giustizia riparativa**

Superare la difficoltà di partecipazione della comunità e i limiti della mediazione richiede di diversificare i metodi e le tecniche per affrontare i conflitti, sempre dal punto di vista riparativo.

I circoli riparativi e le conferenze (*conferencing*), che sono metodi utili per coinvolgere la comunità e per cercare di soddisfare i bisogni delle vittime e dei trasgressori, attualmente non sono utilizzati in mediazione.

Alcuni elementi da considerare al momento di decidere quale metodo sia più appropriato per un determinato caso sono: i fatti e le loro conseguenze, il tipo di persone colpite dal conflitto, il rap-

porto tra le parti, l'importanza del delitto nella comunità, il bisogno di sostenere entrambe le parti, ecc.

Nei circoli e nel *conferencing* partecipano le reti sociali del trasgressore e della vittima coinvolte nel reato (genitori, fratelli, amici, professionisti, ecc.), con l'obiettivo di aiutare le parti nello sforzo riparativo. Possono anche partecipare le persone della comunità rilevanti per risolvere il conflitto, se la stessa comunità è coinvolta dal crimine; di fatto possiamo dire che un reato coinvolge sempre la comunità: percezione di insicurezza, sfiducia verso i giovani, paura, ecc.

La partecipazione di tutti i soggetti coinvolti renderebbe possibile la costruzione di un piano di lavoro per aiutare i trasgressori a riparare il danno e anche a cambiare lo stile di vita per evitare la recidiva. In realtà questa è una domanda di molte vittime nella giustizia minorile.

La mediazione che implica la riparazione emotiva (riconoscimento del danno, legittimazione della vittima, ascolto della sua sofferenza, chiedere scusa, ecc.) e, nel caso sia necessario, la riparazione materiale, è sufficiente in molti casi. Però in caso di infrazioni più gravi, la vittima desidera anche la riabilitazione del reo, un suo cambiamento.

La vittima dovrebbe essere anche aiutata nel suo recupero, con un piano di intervento per lei. Molte volte le vittime hanno l'impressione che il reo goda di più del sostegno dei professionisti della comunità. Infatti ci sono più risorse comunitarie per il colpevole che per le vittime.

Una grande sfida è definire che cosa sia la comunità, e chi debba partecipare ai circoli riparativi: reti sociali della vittima e dell'infrattore, servizi sociali e entità che hanno un legame con loro, forze dell'ordine, rappresentanti dei residenti nel quartiere... e ci sono ancora più possibilità. È necessario riflettere in profondità quale ruolo possa avere ciascuno degli attori e decidere in ogni circostanza particolare quali siano le persone giuste.

Ma prima di mettere in pratica questi nuovi metodi uno sforzo dovrebbe essere fatto a diversi livelli: di coinvolgimento e consapevolezza dei professionisti della giustizia minorile (mediatori, educatori, giudici, procuratori, dirigenti), di consapevolezza della comunità, di consapevolezza della società in generale, per l'introduzione di una nuova cultura di risoluzione delle controversie che migliori la qualità di vita e promuova la pace sociale.



# The Mediation Process. Going from “Autumn” to “Spring”\*

di Johan Deklerck\*\*

## 1. Introduction

Victim-offender mediation works. Many research reports show a positive to very positive degree of satisfaction of the different parties participating in a mediation process, the victim as well as the offender. The process of mediation, the encounter, the direct or indirect communication on the delinquent act, has some qualities and can realize an outcome that, even through the painful elements, responds to a substantial need of the parties, that seems not to be so easily obtained by the classical court procedure.

The process of mediation is the core issue in restorative justice. It is there that justice is restored, freedom is enlarged, and people go into an intensive process, sharing a painful past and turning back to the future. Although this process is of a huge importance, it is not so easy to explore in a scientific way what is really happening in this melting pot.

The mediation process certainly has to do with communication,

\* In coda all'originale riproponiamo l'articolo tradotto in italiano (a cura della redazione).

\*\* Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit.

deep psychological processes, feelings and emotions, shame, aggression, fear, suffering, satisfaction, confrontation, experienced and expressed ethics, and dynamics of self regulation through the encounter between the parties, made possible by the mediator.

In this contribution I am going deeper into the basic dynamics of the process of mediation. The starting question, when thinking about mediation, redress, restoration or reparation is: “what has to be repaired or restored?”. The answer is the lost “freedom” within victim and offender. Freedom is considered here as one of the most central human values and experiences<sup>1</sup>. The loss of freedom starts with the experience of pain and the impossibility to get rid of a past of material loss, emotional and existential damage. Being involved in serious crime is for both victim and offender something that takes them into a mental hostage. This is described in this contribution as a “stop” in the model of the “flow of life”.

Obstructions, blocks in the “flow-of-life” of the victim as well as the offender, can be restored, by turning them metaphorically into “compost”, going from “autumn” to a new “spring”. This new “spring” means that one gets his freedom back. This means that one can leave a painful past behind, and can start a new future, enriched by this past. Also painful experiences can be valuable, if they make one better rooted, stronger and wiser. This is exactly where a mediation process can contribute.

This process of transformation is possible because the mediation process can generate an internal ethics that has a deep existential foundation: the capacity of human beings to experience the existential quality of life, their vulnerability against the background

<sup>1</sup> The complementarity of “freedom” and “rights”, or “enlarging freedom” and “doing justice” as a double answer to delinquency has been described in *Mediaries*, 2008 (12), 166-181. This contribution can be considered as a next step.

of confrontation with strong experiences such as birth, death, suffering,... (Deklerck, 2005), which changes their basic attitude towards life, and expresses itself in e.g. the relationship towards others, the social environment. The model of the "flow of life" described below shows what "existential" means.

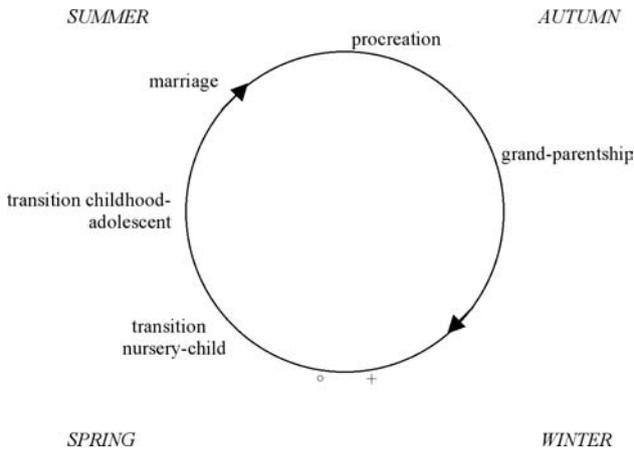
This contribution concentrates on the mediation process itself and is meant to open some perspectives on the question why mediation seems to work. We therefore begin by going deeper into the practical, emotional and existential consequences of events such as serious crime both for the victim and the offender: by using the above mentioned metaphor of the "flow of life", In the next step we reflect on the mediation process itself and how freedom is enlarged. Here we use the metafor of the "cycle of seasons": painful experiences, considered as a block in the flow of life, can be "composted" or "turned into compost" in the process from "autumn" to "spring", over a "winter", that facilitates this process, similar as what we can observe in nature, We further analyse the mediation process in seven steps. To conclude we situate mediation in a larger perspective of redress.

## **2. The flow of life**

### *2.1. The cycle of life*

We can consider our whole life as a cycle, constructed from different moments and periods (figure 1). The moment of birth is the first, brand new start. A vigorous seedling has become a human being. With the rhythm of birthdays, the cycles of the year, a child is growing into adulthood. After the nursery phase, comes the toddler phase, until a child is ready for school and is developing more and more bonds with the expanding environment.

This transition means an important moment of festivity, which expresses itself in seven-year festivities, such as the Jewish "bar mitzvah" or the Catholic first communion, deeply rooted in the



universal process of becoming adult. At the end of the childhood, a new moment of transition occurs, with other rites of passage and again is very deeply rooted in life itself. This is the start of the physical, emotional, social and intellectual growth to adulthood.

The adolescent is discovering his path of life and learns to listen to his inner voice, his vocation, which orients him in his choice for a profession. Puberty is a thoroughly existential period, with a deep metaphysical character. It introduces the child into a totally new period of becoming a man or a woman. The person is acquiring a new identity. This goes together with the exploration of one's life goals and the search for a partner. The next festivity, the expression of the decision to have children, the care for the descendants, is marriage. This ritual exists in many variations in different cultures. Giving birth is a big event, in the rhythm of years and seasons. Life is carried on by becoming a grandparent, and slowly withdraws into itself. Death is the last "transition", a very powerful event, that, equal to birth, expresses the mystery of life in its full meaning.

This big circle of life, can be seen as constructed of smaller circles: childhood, adolescence, ... Again and again this leads to strong moments of transition, from "old" to "new", from a "past" to an incomparable new future. A good education, the chance to learn a profession, to obtain an identity as man or woman, having children and grand children, ... guarantee the continuity of life.

## 2.2. The flow of life

We can consider the cycle of life, the thin circle in the diagram above, as the flow of life, a continuous stream of experiences, positive and negative, joyful and painful, weak and strong, which we integrate into our continuously changing personality. Every one of us has his own flow of life, searching its way in the "river bed" of life. Day after day life is flowing further and we construct our own life history through a continuous series of small and big events, positive and negative experiences. The Norwegian philosopher A. Naess talks in this sense about the "self" as "flow": *"It is never the same. It seems more like a flow than anything solid"* (Naess, 2002: 23). This flow of life has different layers: from superficial and material to deep and existential. We distinguish three layers. Under the level of daily material things and the emotional psychic layer, there is the third deep existential-ethical layer in this flow. Emotions are the permanent subflow as a bridge between our existential orientation and daily life; or as A. Naess (2002: 22, 44) says: *"Emotions are not objects, things that we own. [...] It is not the case that we merely have emotions, any more than we have relationships. We are emotions and relationships"*. People who are having a physical and spiritual healthy life, are like a stream, "flowing" in their full force. They are able to let their life flow in all its richness and strength.

Big negative and positive events can mean a rupture in the time flow of life. Sometimes they are described as "milestones" in one's

personal life or in a larger society. They are cutting the time into a “before” and an “after”. We can recognize this in very different fields, both problematic and unproblematic. Examples are a marriage, the May Revolution of 1968, big floods or earthquakes, a birth, the death of a beloved person, the confrontation with a serious illness, being a party in a conflict or becoming a crime victim, a divorce, obtaining a diploma, a birthday, a moving house, a traffic accident, 11 September 2001, etc. Sometimes they lead to clear material changes, sometimes nothing seems to have changed. But the crisis in the psychic experience has a fundamental significance.

This intervention in the personal living sphere can be situated on the different layers or levels of this flow of life: the material-financial level, the psychic-emotional level and the ethical-existential level. These levels are present with all those directly involved in an event, as e.g. in a delinquent act: the offender, the victim, the partner and the children, and also, with a diminishing intensity, the larger environment.

The consequence is that the flow of life can be blocked on one or more levels. This is indicated figure 2 with the vertical lines, blocks which can vary depending on the case from superficial to very deep. The question if something is going very deep in one’s life or is staying rather superficial, is complex given and does not only depend on the event itself. It also depends on one’s personal capacity to give a meaning to serious events, to integrate them, and also on the strength of the social environment.

What is happening on a psychic level as a result of traumatic experiences such as becoming a crime victim, can be illustrated by our holiday experiences somewhere in the mountains, when children construct a dam in a small mountain river. When they block the flow, the water accumulates and starts pressing against the dam, forming whirlpools and seeking a way out through gaps and fissures. The same is metaphorically happening on a mental level with psychic suffering. Circular thoughts and emotions accumulate and

push against our blocked stream of life, and are searching for fragmented and false ways out for a life that has to continue (the "gaps" in the blockage of the river). The traumatic experience leads to an continuous circling around the event. It is as if time stands still (Claes & Foqué, 2001: 149-151). Victims of serious crimes no longer continue to construct their future from their own life story. Their flow of life is "blocked" to a lower or higher degree. The days, weeks, months or even years after the event can be filled with emotions about what happened, and can condition one's life completely. The fear of being at home alone, watching television, going out at night, panic when minor forms of aggression are occurring, feelings of stress and permanent mental overload, and all kinds of mental and physical dysfunctioning... are determining one's life. At the same time the fact is almost uninterruptedly present in one's thoughts and emotions. Entering an emotional "dam", it seems almost impossible to escape.

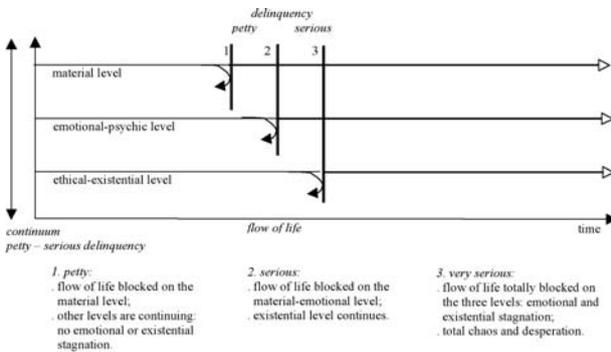


figure 2: the flow of life

The permanent stream of feelings that accompanies one's life is blocked. Persons in this mental condition are willing to repeat the same story and experiences, ... as a never interrupted circle. It is as if one is living in an "eternal here and now", without connection

with the actual situation. This “here and now” is functioning as a closed system, a mental “prison”, that is no longer open to the external world. This happens when the past is not integrated in one’s life as a chance or “food” for the future. The human freedom to make choices, construct one’s future in an open way, design and realize life projects, is strongly reduced by the inability to escape from this circular thinking. Deep psychic traumas can lead to psychic fragmentation or dissociation (Hutsebaut, 2003), to dysfunction which obstructs normal participation in life. It means a little piece of psychic “dying”. The personal freedom (see also diagram below: “the two parts of society”) that makes it possible to orient us from the past towards new chances and initiatives on self-development, is then reduced.

In serious events, there is always the existential confrontation, the loss of former certitudes and supports, the quest for existential integration in the dynamic flow of life. This can have a very high degree of complexity, that goes often beyond the persons directly engaged. Together with them, many others can be emotionally and existentially involved. This can also continue through different generations (Nagy & Spark, 1984) (e.g. war traumas; 11 September 2001).

People are mentally taken hostage by the event that is claiming their permanent attention. They are not able to integrate the event on a material, emotional and existential level. Undigested facts remain present and are now steering one’s life on a conscious and unconscious level. This steering has very serious consequences. It can lead to chains of fear and aggression, of being a victim and becoming an offender, of repeated victimship. This means that other persons can be involved (e.g. one who suffered aggression, is aggressive to another innocent person) and there can be chain reactions in time as well (a child who was abused by his father becomes violent towards his own children) (Patfoort, 1995). Abused children can become abusers, victims of violence can become violent

persons, victims can become offenders, or isolated in their role and are victimized repeatedly in later periods of their life in other situations.

This happens when blockages resulting from painful experiences do not fade away, but continue to exist under the "water surface" of one's flow of life, i.e. influence one's life often on an unconscious level, and obstruct the access to the ethical-existential level. Acts of aggression, of (auto) destruction can then be considered from the model of the "flow of life" as looking for problematic answers as a consequence of undigested or not "composted" experiences. They can be understood as painful acts of "ultimate meaning giving".

Bad experiences, such as being victimized, can block this free "flow" of life (vertical lines in the diagram), and reduce one's existential-ethical, emotional and material freedom. Forms of serious crime can imprison one's thoughts and emotions, and take hostage the victim as well as the offender. Non-integrated experiences of victimization then lead e.g. to chains of victimization and offending. Mediation can play an important role in unlocking this process of mental hostage taking, which expresses itself in the often very intimate systemic bond (Deklerck, 2005) between the offender and the victim. This process of "unlocking" is an ethical process. It is about an ethics of encounter, that has another structure as the application of external ethical codes, such as human rights or the penal code.

### **3. An ethics of encounter**

The ethics of mediation is an ethics of encounter. It is what philosophers call an "internalist" ethics (McDowell, 1978, 1981, 1957; Oakeshott, 1975; Wittgenstein, 1953). Research has shown that people in their daily actions don't at first go back to abstract frameworks, but turn to their own life experiences (Van Beers, 2001).

Deep in one's inside, there is a treasure of information (cf. the diagram of the flow of life), constructed of what one has seen, experienced, how one is treated as a child, how one has been confronted with the border of life and death, how one is worried about loved ones. People make, consciously or unconsciously, reference to these experiences when they have to judge, to make ethical decisions... People think of their own children or the accident of the girl next door, when they take care in traffic. The policeman, confronted with young drug dealers or burglars, is thinking of his teenage son. We remember our own lost wallet which we received back, when we find one. In general, we think on how other people have acted before us, how we have been treated and how we experienced this, when we have to make decisions. This can be negative ("I don't want someone to have the same bad experience") or positive ("I also have been treated this way"). From this point of view, ethics is not something dead, purely abstract, but a living, organic process of permanent construct. It is an process-type ethics (Denkers, 1999). In this kind of internalist ethics is, reference is often made to authors such as C. Gilligan (1982, 1988) and N. Noddings (1986). They talk about an "ethics of care", an approach that certainly goes in the same direction.

Mediation and restorative justice have directly to do with this internalist ethics with existential roots. Although this ethics can be seen as a quality of the individual, it has much larger, fundamental roots. It is a concrete, experienced ethics that can be shared by the victim and the offender, often coming from very different social backgrounds. It is an ethics that is generated in feelings of recognition and respect for the vulnerability and the hurt of the other party. It is the concrete consequence of the experience of an access to the existential dimension of life, which expresses itself in the encounter between the parties involved. It is a concrete experienced ethics that is not only the product of the unusual relationship between victim and offender. It is based on the capacity to come into

contact with the deep existential roots of life. Although an internalist ethics is a process deep within the individual, it is not an purely individual phenomenon. It is embedded in a larger whole, and can grow to maturity within individuals. This ethics becomes visible in the will to act against injustice, in the wish to apologize, in the openness to show regret and in the will to repair damage. It goes far beyond the interaction between individuals. It is part of the care for life itself, and it is the result of an existential ethics, often fallen asleep under the dust of daily life.

This ethics functions as a kind of compass (Deklerck & Depuydt, 2001) during the mediation process, and makes processes of autoregulation possible under the conditions in which a real and authentic encounter between the parties is realized.

#### **4. The process of mediation: going from "autumn" to "spring"**

##### *4.1. From "autumn" to "spring"*

Mediation if well done, can be a deep process of going from the past to the future, from an "autumn" to a new "spring". The process of restoration or redress has to be understood as the process of re-connecting oneself with the deep existential layer in his flow of life, to free his flow of life from blockages, to (re-)discover the existential depth and power of life, to *regain freedom* to be able to "flow" again with full force and strength.

The process of redress, reparation can be seen as a turning point after the delinquent act. The classical criminal justice procedure is imposing norms from external frameworks, the law, the penal code and judging. The process of mediated redress on the contrary has a fundamentally other character. This kind of process starts from concrete facts and the contextual aspects, the real stories as the parties have experienced them. The central aim of mediation is *not* – in the first place – "*doing justice*" but "*restoring*, repairing and en-

larging the material, emotional and existential *freedom*” of the parties involved, so that they are no longer conditioned by a delinquent act. This *therefore* creates justice as a consequence.

The definition of redress, the aim of a mediation process is then: “redress expresses itself in a growing freedom on a material, psychic and existential level, which can be reduced as a consequence of the delinquent act in a different degree within the different parties involved” (Deklerck, 2005). We make a distinction between “redress” as connected directly to the facts (“primary redress”) and redress in a larger context: deeper personal and social level (“secondary redress”), those personal and social aspects that have led to the delinquent act (see 4.3.). When this larger context also is taken into account, we speak about a “fundamental redress”. This leads us to the following definition: “fundamental redress means that as many elements as possible, which have led to the delinquent act, such as experiences of victimization of the offender and aggression provoking attitudes of the victim, or criminogenic factors in the environment, are taken into account, in order to contribute to a deeper, existential redress, which means to be connected (again) and fully with one’s flow of life.” (Deklerck, 2005).

This means, simplified, that the blocks (cf. vertical lines in the diagram of the “flow of life”: figure 2) are no longer existing, but have been “dissolved” or “composted”. That is exactly the contribution of the mediation process. Due to the *intrinsic* structure and qualities of the mediation process, such as the “sanctuary” of the mediation, voluntariness, impartiality, confidentiality, the authenticity of the encounter and the mediator as a catalyst, the victim and the offender can free themselves from the “systemic” bond between each other, and regain their freedom, as shown in figure 3.

This diagram contains the notions of “autumn, winter, spring, summer”. These notions should be seen as a metaphorical language to express the core element of the mediation process. As in ecological processes such as the cycle of the seasons, similar processes

of integration ("spring, summer" qualities) and disintegration ("autumn, winter" qualities) can be distinguished in social processes, such as the mediation processes. A mediation process means in this approach "going from 'autumn' to 'spring'" on the delinquent act. The delinquent act can be seen as the result, the "harvest" of a bad history. A harvest in the ecological context, is also the start of an autumn. In the cycle of seasons, the autumn is a period when one is looking back, a period of storm and rain, where elements in nature that have no longer a function, such as the leaves of a tree.

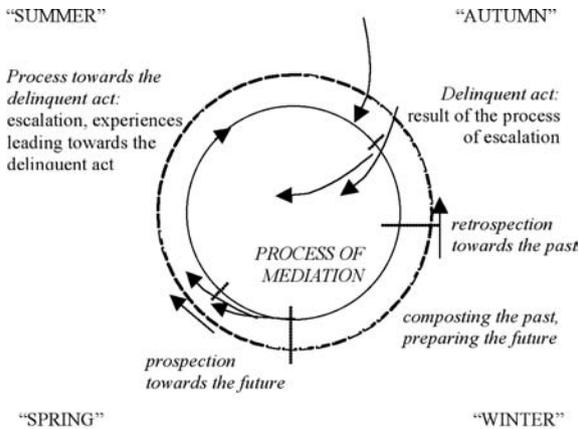


figure 3: the process of mediation

The green on the fields is starving, decomposing, falling apart, turning into compost. The autumn is an invitation to go inside, stand still and reflect on the past period, the "summer" experiences, to return inside one's house, inside oneself. Life is happening inside, together with processes of protection against the hard wintertime, contemplation and reflection. Composting is a process where elements of the past are turning into brown mass, with a lot of activity, warmth creating microlife in the compost heap, under

the ground, in the inside. The original forms are decomposing, but what is left is food, energy,... in preparation for a new spring, where new life can unfold, can start again. This is what is happening during the mediation process: reliving the past, turning and looking to the inside, the internal feelings, trying to understand, to touch what has happened, until the moment when one can lose it and look forward. It is a process of mental disintegration of the delinquent act, going through a “winter” of turning into compost. Turning back to a new start in one’s life, a “new spring”, one is becoming “older and wiser”, and even very bad experiences can enrich life in this sense. The blocks in the flow of life have been decomposing and this means that one can stand again in his existential force, rediscovering existential, emotional and material freedom. This, for both the parties involved.

Figure 3 shows the emergence of a delinquent act and the process of redress, or reparation through mediation. This is the central issue in restorative justice. Delinquency or crime always have to do with positive and negative ethical experiences in a very direct way (the escalation towards the delinquent act). This goes together with the ability of human beings to connect themselves with their ethical roots (Deklerck, 2005). On this basis restorative justice can function. A good mediation process (composting the past, preparing the future) means that enough time has been taken to reflect on the facts and the emotions they evoke (retrospection, regard towards the past) until they can be “composted” through the process. This process of decomposing, turning into “compost”, is very important. This then is energy and food to work on a new future (prospection, regard towards the future).

#### *4.2. From “autumn” to “spring” in seven steps*

In a mediation process communication is restored. The parties talk about the delinquent act and the facts around it. They find the

space to go deeper into their life story, express their feelings and emotions, look for apologies, propose forms of reparation of the damage. The mediation process can be considered as a process from "autumn" to "spring" through a "wintertime". Whether mediation is successful, is closely related to the quality of this process, and the impact this has on the emotional and existential level among stakeholders. In the process of mediation, we can identify seven stages, which are presented in figure 4 and 5.

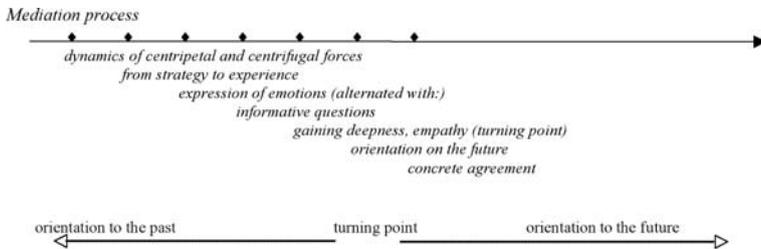


figure 4: the mediation process in seven steps

An introductory remark is that not all steps are found back in an equal way in different mediation cases and that a mediation process does not necessarily result in the final stage. The quality of the next step depends on each of the previous steps and some stages can be repeated alternately with the other.

*phase 1: dynamics of centripetal and centrifugal forces*

The first phase is the starting point of a communication between victim and offender, often in a chaos of strong emotions. It has a preparatory character and the mediator takes contact with the parties involved. It is a delicate phase, characterised by a strong centrifugal and centripetal power. This means that both parties want to escape the difficult and painful delinquent act on the one hand

(centrifugal force). Victims often have strong emotions of anger, aggression, fear, revenge towards the offender. What they mostly want is a strong punishment, at least the same amount of pain they are suffering, and this certainly in cases of serious crime. The question if they are interested in a mediation, can lead to a strong “no... , but”. This “but” is than the centripetal force. In this phase the central task for a mediator is the search for synergy between the parties to the offense. Besides various forms of rejection in the form of blame, feelings of hatred, revenge, anger and aggression, there are often bits of curiosity about the perpetrator and his deed: “why did he choose me? Was he doing this to others before? Why was he smiling? Where did he get that weapon? Who is this man, that he is able...?”. These are exactly the elements that can serve as a clue to the other party. The offender, in addition to the rejection and his wish to forget the whole event as quickly as possible (centrifugal), has maybe some feelings of responsibility, the will for compensation and liquidation of the debt, snatches of regret and remorse (centripetal). He is willing to give the first short answers to some of the questions of the victim. This gives the mediator the opportunity to transfer messages between the parties.

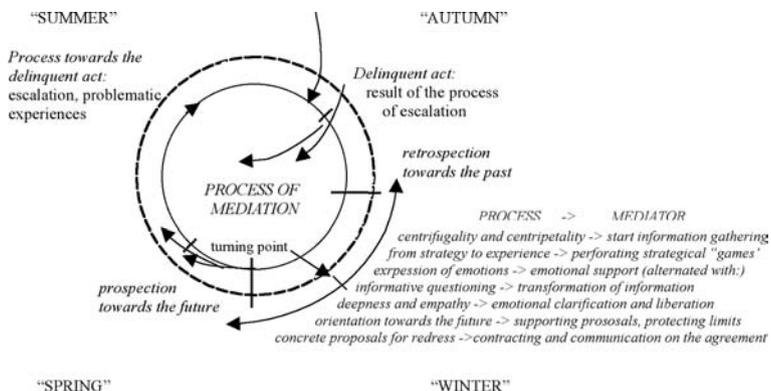


figure 5: mediation and the mediator in seven steps

The game of centrifugal and centripetal forces is for the mediator sometimes "walking on a wet floor". The point is to enlarge the opening to the other party, and this not in a compelling way. Reversing feelings of rejection, resentment or aggression has little sense at this stage. Especially the search for clues is the key. Centripetal forces here are the curiosity, the questions on the side of the victim and the fragments of goodwill, maybe some opportunism on the side of the offender. With these threads of frayed tissue, the mediator can start to make the first knots, and give the initial impetus for in many cases an indirect communication. The mediator transfers here the first partial questions and partial answers, often commuting between the parties, who can be literally keeping distance. This allows the centripetal forces to gain strength, with respect for the emotional distance and the negative attitude of the parties towards each other.

*phase 2: from strategy to experience*

The challenge of the next phase, from strategy to experience, is the transition from strategic attitudes to the exchange of deeper, authentic experiences. After the traumatic experience of the offense both sides have "taken up their weapons" This protection is for the victim a consequence of feeling hurt and vulnerable, and to avoid a second victimisation. The offender hedges for his part for a possible counterattack. Parties choose for a strategic, self-protective position to avoid (new) damage and pain. The victim fears a new traumatic experience, and thinks in particular of compensation. Because of the strong emotional charge, material claims can be excessive in this stage. The perpetrator who maybe fears a counterattack, can possibly express in a strategic way a superficial regret and try to escape by minimizing the facts or his responsibility. In petty crime which is much less emotionally charged and where there isn't a deep hurt, negotiations can start about material and fi-

nancial compensation. Here again, the mediator has a key role to transform strategic positions into authentic messages, and to stimulate and manage the lived experiences of the parties involved.

*phase 3: expression of emotions*

The expression of genuine emotions in the next closely fitting stage, expression of emotions, forms the basis of a real recovery or redress. The expression of deep emotions on the offense is a foundation and prerequisite for deep recovery. It could provide a basis for leaving the past behind and turning the focus on the future. This, and the next phase, are the heart of restorative justice, of “composting” the blocks in the flow of life (figure 2).

*phase 4: informative questions*

The phase of informative questions is closely intertwined with the previous phase of expression of feelings and emotions. Phase 3 and 4 can be frequently alternating each other. The expression of feelings of sadness, anger, fear and aggression, goes together with giving words to facts and asking questions about the why, how, what, when, etcetera. This information is useful to digest the feelings about the event, giving a meaning to what happened, to mitigate grief and pain, guilt and remorse, and, more generally to integrate the facts and emotions on an existential level. Also for the offender this phase is crucial to achieve self-healing, to understand his actions and the deep damage that this has brought. The feelings of guilt, regret and remorse express themselves in the next phase in the desire for restitution and restoration. The hunger for information was already there in the first phase as a brittle starting point of the mediation process, but often highly emotionally charged and with a limited capacity for mental integration.

*phase 5: gaining deepness, empathy*

These last two stages can be alternately repeated in an often disordered and even chaotic way, in a subsequent phase, that has a growing depth and empathy as its basic feature: phase 5: gaining deepness, empathy (turning point). Here arises the true liberation of the past. Circling and swirling emotions that were blocked by the event, find a bed in the existential flow of life of those involved. Here the door to the future opens. The mediator has at this stage as his basic task to stimulate deeper exchange, to assist the parties in the expression of their emotions, and to create a space for what comes up, the mutual willingness to listen, to guarantee safety, and to orient the exchanges to a deeper empathy. At the end of this phase, each story is heard and known. If needed, this emotional release in cases of serious crime can be continued in the context of therapy (see figure 6). But this phase has a key role in opening the possibility of redress. This happens when the past can be "composted" or digested, and can serve as "food" for a new beginning.

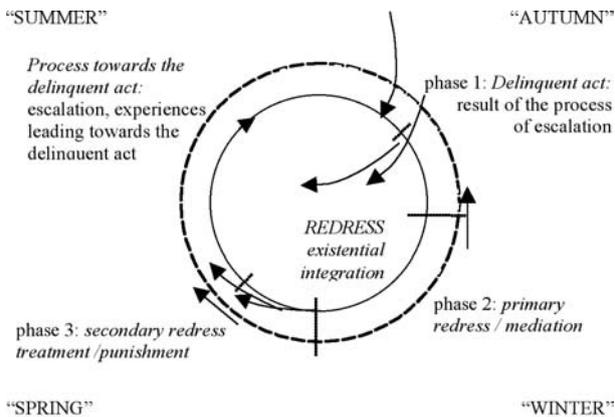


figure 6: mediation and other answers

*phase 6: orientation on the future*

From dealing with the past, the next two stages are oriented towards the future. In phase 6 the future becomes central. Thoughts as: “I want you to something about your alcohol problem”, or “how will you pay the damage”, or “I don’t want to see you again in my neighbourhood”, are spontaneously emerging as a consequence of former stages. In the context of this release of the past, the space occurs to look to what comes. Initially, this exploration can start with an inventory of the damage, if not done yet. In addition, exploration can be deployed around forms of compensation. This compensation may be at different levels: material, financial, emotional and ethical-existential (cf. the flow of life).

Subjective perceptions and expression of needs and compensation should also link up with realistic debt and offset requirements. The mediator can provide criteria, keys and examples of possible compensation. If the previous steps went well, the need of often exaggerated claims, and other demands and expectations of the victim become more realistic, in proportion with the actual damage, and the real needs of the victim and the offender. Understanding and emotional involvement of the perpetrator, results in a willingness to pay compensation and to answer other requirements of the victim. The latter are often related to the prevention of recidivism, e.g. drug treatment, therapy, avoiding the living environment of the victim. The mediator’s role is here mainly informative and centering. Because of the authenticity of the encounter, supported by the mediator, a new balance is found, and centripetal and centrifugal forces calm down. An internal, self-seeking dynamic leads to a psychic integration and balance.

*phase 7: concrete agreement*

The whole leads off into concrete agreements about a recovery, sealed in a contract in a last step. Parties go over to contracting the

agreement. Concrete agreements are now written down, and the contract is signed. The contract proposal can be checked by an external party, such as a lawyer. Here the mediator can contribute by making a contract proposal, helping with the right formulation. The whole mediation process is confidential. This means that nothing of what has happened during the mediation sessions, will be brought out. In relation to the criminal justice the only information is the contract, or the simple message that the mediation process did not lead to contract. The principle of confidentiality is a key element to create the right process and cannot be broken.

The mediator guides the process of interaction between offender and victim. His job is varying depending on the phase of the process is. The phases are not always as linear as they were presented schematically. They can, as mentioned above, repeat themselves, take a shorter or longer time, be skipped. Their duration can vary depending on the type of offense and the parties. Central to the process remains that the mediator assists in reversing a process of disintegration to a process of (re)integration, from autumn to spring, that is both inter- and intra-individual. Returning to the cyclic model of the genesis of an offense and the answer in the form of mediation from above, below we make a synthesis in figure 5.

#### 4.3. Mediation and other answers

As we already described above, we make a distinction between "redress" as connected directly to the facts ("primary redress") and redress in a larger context: deeper personal and social level ("secondary redress"), those personal and social aspects that have lead to the delinquent act.. This is described in figure 6.

This "*primary*" redress of mediation (phase 2) concentrates on everything that is directly part of the delinquent act. Treatment, therapy, (possibly) punishment, can be meaningful as a secondary

redress (phase 3) for the parties involved if they are connected to the damage of the delinquent act and if they take the contextual aspects which have been (co-)responsible for the delinquent act, into account. These aspects can be a problematic life history, risky behaviour, ... within the offender, but also elements of contextual redress within the victim and criminogenic aspects within the environment.

They can be discovered and mapped during the mediation process. The notions “primary” and “secondary” refer here to “distance from the facts” (direct or contextual redress), *not* to time, and there is *no* necessary chronological order. Phase 2 and 3 can go together, or can be chronologically interchanged, depending on the global or integral process of redress. Primary redress for the delinquent act and secondary redress for the contextual aspects can create together the basis for an *integral* redress for the offender, the victim and the other people involved within the larger environment of society.

## **5. Conclusion: mediation a journey towards a new spring**

Starting from concrete cases and particular needs, an experience-based ethics is becoming a central given. An encounter about the suffering inflicted on the victim confronts the offender with the ethical limits of his acts. Regret and remorse, connected to the process of mediation between victim and offender (and their supporting environment), mean an ethical power for the offender and the victim for a new start, much more than classical justice does. A good mediation can restore the position of the victim in relation to the offender, also when the damage can not or only partially be repaired and the suffering cannot be forgotten. A real redress does not mean going back to the situation before the act. It means that the victim and the offender, through the confrontation with the past, can win back the freedom for the future.

In this sense the victim is no longer determined by the facts, but can win back his or her own life story, with open and free perspectives towards the future. Processes of psychic disintegration, subtle or serious forms of dissociation... can be answered by the possibility of connecting oneself fully with the different dimensions of one's flow of life. This means regaining the freedom to live again and to continue without overall dominant fear or uncertainty as a consequence of traumatic experiences. Traumatic experiences are no longer overwhelming the present: people are no longer afraid to be at home alone or to walk in the street, and can once more take up the chances that life offers.

In a more complex way the same can be said of the offender. He too is almost always determined by his own traumatic life history. This has led to the construction of an identity on the denial of the serious consequences of his criminal behaviour, and to the development of a self image on the accumulation of negative experiences. Redress means repairing the damage, going through personal injuries and traumatic experiences winning back freedom and making a new start for the future, and that is where mediation can contribute.

## References

- Boszormenyi-Nagy I. & Spark G. M., *Invisible loyalties: reciprocity in intergenerational family therapy*, Brunner-Mazel New York (N.Y.), 1984.
- Claes E. & Foqué R., “Herstel van autonomie”, in: Dupont, L. & Hutsebaut, F. (eds.), *Herstelrecht tussen toekomst en verleden: liber amicorum Tony Peters*, Samenleving, criminaliteit en strafrechtspleging 22, Universitaire pers Leuven, 2001, 143-162.
- Deklerck J. & Depuydt A., “Parels Verzamelen; over de kracht van een autonome ethiek”. In: van Beers P. (ed.), *Frans Denkers’ Moreel Kompas van de Politie*, Politia Nova, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koningsrelaties, Den Haag, Nederland, 2001, 193-202.
- Deklerck J., *Delinquentie en haar context bekeken vanuit een cyclisch model van “integratie-desintegratie”*. Diss. doct. K.U.Leuven, Afd. Strafrecht, Strafvordering en Criminologie, Leuven, Belgium, 2005.
- Denkers F., van Hoogen H., Wackernagel C., *et al.*, *Begrepen onbehegen: politie en Rote Armee Fraktion verzoend*, Koninklijke Vermande, Lelystad, 1999.
- Gilligan C. & Bardige B., *Mapping the moral domain: a contribution of women’s thinking to psychological theory and education*, Center for the study of gender, education and human development Cambridge (Mass.), 1988.
- Gilligan C., *In a different voice: psychological theory and women’s development*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1982.
- Hutsebaut J., *Trauma en de dissociatieve structuur: empirisch onderzoek van een integratief psychodynamisch model voor chronische interpersoonlijke traumatisering*, Diss Doc., KULEuven, Facul-

- teit psychologie en pedagogische wetenschappen. Departement psychologie, 2003.
- McDowell J., "Are Moral Requirements Hypothetical Imperatives?" , in *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volume LII, 1978.
- McDowell J., "Non-Cognitivism and Rule-Following, in S. H. Holtzman and C. M. Leich (eds.), *Wittgenstein: to Follow a Rule*, London - Boston - Henley, Routledge and Kegan Paul, 1981, 141-162.
- McDowell J., "Values and Secondary Qualities", in T. Honderich (ed.), *Morality and Objectivity. A Tribute to J.L. Mackie*, London, Routledge, 1985, 110-129.
- Naess A., *Ecology, community and lifestyle: outline of an ecosophy*, Cambridge University Press, 1990.
- Naess A., *Life's philosophy. Reason and feeling in a deeper world*, The University of Georgia Press, Athens & London, 2002.
- Noddings N., *Caring: a feminine approach to ethics and moral education*, University of California Press Berkeley (Calif.), 1986.
- Oakeshott M., *On Human Conduct*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- Patfoort P., *Uprooting violence: building nonviolence: from nonviolent upbringing to a nonviolent society*, Cobblesmith, Freeport Maine, 1995.
- van Beers P. (ed.), *Frans Denkers' Moreel Kompas van de Politie*, Politia Nova, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koningsrelaties, Den Haag, Nederland, 2001.
- Wittgenstein L., *Philosophical Investigations*, transl. E. Anscombe, Macmillan, London, 1953.

## **Il processo di mediazione. Passando dall'“autunno” alla “primavera”**

### **1. Introduzione**

La mediazione vittima-colpevole funziona. Molti rapporti di ricerca mostrano un grado di soddisfazione molto positivo delle diverse parti coinvolte nel processo di mediazione, sia vittima che colpevole. Il processo di mediazione, l'incontro, la comunicazione diretta o indiretta riguardo l'atto criminale, hanno alcune qualità e possono realizzare un risultato che, perfino attraverso elementi dolorosi, risponde ad un bisogno sostanziale delle parti, che sembra non essere raggiunto così facilmente dal processo del tribunale tradizionale.

Il processo di mediazione è il problema centrale nella giustizia riparativa. È lì che la giustizia viene ripristinata, la libertà è estesa, e la gente entra in un processo intensivo, condividendo un passato doloroso proiettato verso il futuro. Sebbene questo processo sia di un'importanza enorme, non è così facile esplorare in modo scientifico ciò che realmente accade in questo melting pot. Il processo di mediazione ha sicuramente a che fare con la comunicazione, i profondi processi psicologici, i sentimenti e le emozioni, la vergogna, l'aggressività, la paura, la sofferenza, la soddisfazione, il confronto, l'etica vissuta ed espressa, e la dinamica di autoregolamentazione attraverso l'incontro tra le parti, reso possibile dal mediatore.

In questo contributo andrò più in profondità nelle dinamiche di base del processo di mediazione. La domanda di partenza,

quando si parla di mediazione, restauro o riparazione è: «cosa dev'essere riparato o restaurato?». Risposta: la perdita "libertà" nella vittima e nel colpevole. La libertà è considerata, nel nostro caso, uno dei fondamentali valori umani ed esperienziali<sup>1</sup>. La sua perdita inizia con l'esperienza del dolore e della impossibilità di affrancarsi da un passato di privazione materiale, emozionale e danno esistenziale. Essere coinvolti in reati gravi è sia per la vittima che per il colpevole qualcosa che li tiene in ostaggio mentale ed è descritto nel mio contributo come "stop" del modello del "flusso di vita".

Ostruzioni, blocchi nel "flusso di vita" della vittima e del trasgressore, possono essere ripristinati, trasformandoli metaforicamente in "concime", passando dall'"autunno" a una nuova "primavera" che consiste nella ritrovata libertà. Ciò significa che è possibile lasciare un passato doloroso alle spalle e iniziare un nuovo futuro, arricchito dal passato.

Anche le esperienze dolorose possono essere utili se rendono una persona più stabile, forte e saggia. Questo è esattamente il punto in cui un processo di mediazione può intervenire dando un contributo.

La trasformazione è possibile perché il processo di mediazione può generare un'etica interna che ha un profondo fondamento esistenziale: la capacità degli esseri umani di sperimentare la qualità esistenziale della vita e la loro vulnerabilità in un contesto di confronto con esperienze forti come la nascita, la morte, la sofferenza, ... (Deklerck 2005), che cambia il loro atteggiamento di fondo verso la vita, e si esprime per esempio con il rapporto verso gli altri e l'ambiente sociale. Il modello del "flusso della vita" descritto di seguito mostra cosa si intende per "esistenziale". Il mio articolo si

<sup>1</sup> La complementarità della "libertà" e i "diritti", o la "libertà che aumenta" e "fare giustizia" come una doppia risposta alla delinquenza è stata descritta in *Mediares*, n. 12, 2008, pp. 166-181. Questo contributo può essere considerato il passo successivo.

concentra sul processo di mediazione in sé ed intende aprire alcune prospettive sul perché la mediazione sembra funzionare. Iniziamo quindi andando più in profondità nelle conseguenze pratiche, emotive ed esistenziali di eventi quali i reati gravi sia per la vittima che per il reo, usando la metafora del “flusso della vita”. Nel passaggio successivo riflettiamo sul processo di mediazione in sé e su come la libertà aumenti. Usiamo l’immagine del “ciclo delle stagioni”: esperienze dolorose, considerate come blocco nel flusso della vita, possono essere “composte” o trasformate in “concime” nel processo che va dall’“autunno” alla “primavera”, passando da un “inverno” che facilita questo passaggio, simile a quello che possiamo osservare in natura. Abbiamo ulteriormente analizzato il processo di mediazione in sette passi. Per concludere possiamo situare la mediazione in una più ampia prospettiva di riparazione.

## **2. Il flusso della vita**

### *2.1. Il ciclo della vita*

Possiamo considerare tutta la nostra vita come un ciclo, realizzato in diversi momenti e periodi (figura 1). Il momento della nascita è il primo, un inizio nuovo di zecca. Una pianticella vigorosa diventa un essere umano. Con il ritmo dei compleanni, i cicli degli anni, un bambino diventa adulto. Dopo la fase dell’infanzia, arriva la fanciullezza in cui il bambino muove i primi passi, fino a quando è pronto per la scuola e sviluppa sempre più legami con l’ambiente in espansione.

Questa transizione rappresenta un importante momento di festa, che si esprime in sette anni di festività, come la ricorrenza ebraica “bar mitzvah” o la prima comunione cattolica, profondamente radicata nel processo universale del divenire adulti. Alla fine della fanciullezza arriva un nuovo momento di transizione, con altri riti di passaggio che lo porta ad essere nuovamente molto radicato

nella vita stessa. Questo è l'inizio della crescita fisica, emozionale, sociale e intellettuale verso l'età adulta.

L'adolescente scopre il suo cammino di vita e impara ad ascoltare la sua voce interiore, la sua vocazione, che lo orienta verso una professione

La pubertà è un periodo totalmente esistenziale, con un profondo carattere metafisico. Introduce il ragazzo nel periodo del tutto nuovo del diventare uomo o donna. La persona acquisisce una nuova identità.

Questo si accompagna all'esplorazione degli obiettivi di vita e alla ricerca di un partner.

La festività successiva, l'espressione della decisione di avere figli e l'attenzione per i discendenti, è il matrimonio. Questo rituale esiste in molte varianti nelle diverse culture. Il parto è un grande evento nel ritmo degli anni e delle stagioni. La vita continua col diventare nonno, e lentamente si ritira in se stessa. La morte è l'ultimo "passaggio", un evento molto potente che, pari alla nascita, esprime il mistero della vita nel suo pieno significato.

Il grande cerchio della vita, può essere visto come composto da piccoli cerchi: infanzia, fanciullezza, adolescenza... Ancora una volta questo porta a momenti di forte transizione, dal "vecchio" al "nuovo", dal "passato" ad un futuro nuovo incomparabile. Una buona educazione, la possibilità di imparare una professione, di ottenere un'identità di uomo o donna, che ha figli e nipoti... garantiscono la continuità della vita.

## *2.2. Il flusso della vita*

Possiamo considerare il ciclo della vita, il cerchio sottile nello schema di cui sopra, come il flusso della vita, una corrente continua di esperienze, positive e negative, gioiose e dolorose, deboli e forti, che integriamo nella nostra personalità in continua evoluzione. Ognuno di noi ha il suo flusso di vita e cerca la sua strada nel

“fiume” dell’esistenza. Giorno dopo giorno la vita scorre oltre e costruiamo la nostra storia attraverso una serie continua di piccoli e grandi eventi, esperienze positive e negative. Il filosofo norvegese A. Naess parla in questo senso del “sé” come “flusso”: «Non è mai lo stesso. Assomiglia di più ad un liquido che ad un qualunque solido» (Naess 2002: 23). Questo flusso di vita ha diversi strati: da superficiale e materiale a profondo ed esistenziale. Distinguiamo tre livelli. Sotto il livello delle cose materiali quotidiane e lo strato emozionale psichico, c’è il terzo, il profondo strato etico-esistenziale. Le emozioni sono il sostrato permanente come un ponte tra il nostro orientamento esistenziale e la vita quotidiana, o come afferma Naess (2002: 22, 44): «Le emozioni non sono oggetti, cose che noi possediamo [...]. Non è il caso che ci limitiamo a provare emozioni, più di quanto abbiamo rapporti. Siamo emozioni e relazioni». Le persone che hanno una vita fisica e spirituale sana, sono come un torrente, che “scorre” nel loro pieno vigore. Sono in grado di lasciare scorrere il flusso della loro vita in tutta la sua ricchezza e forza.

Grandi eventi negativi e positivi possono rappresentare una rottura nel flusso temporale della vita. A volte sono descritti come “pietre miliari” nella propria esistenza o in una società più grande. Tagliano il tempo in un “prima” e un “dopo”. Siamo in grado di riconoscere questo in campi molto diversi, problematici e non. Esempi sono il matrimonio, il maggio del 1968, grandi alluvioni o terremoti, una nascita, la morte di una persona amata, il confronto con una grave malattia, la partecipazione ad un conflitto o diventare vittima di reato, un divorzio, ottenere un diploma, un compleanno, un trasloco, un incidente stradale, l’11 settembre 2001 e così via. A volte portano a importanti cambiamenti materiali, a volte nulla sembra cambiare. Ma la crisi dell’esperienza psichica ha un significato sostanziale. Questo intervento nella sfera di vita personale può essere collocato su diversi strati o livelli del flusso di vita: il livello materiale-finanziario, il livello psico-emotivo e quello

etico-esistenziale. Questi ambiti sono presenti in tutti i soggetti direttamente coinvolti in un evento, ad esempio in un atto delinquenziale: il colpevole, la vittima, il partner e i figli, e anche, con intensità decrescente, l'ambiente esterno.

La conseguenza è che il flusso della vita può essere bloccato ad uno o più livelli. Questo è indicato nella figura 2 con le linee verticali, i blocchi che possono variare a seconda dei casi da superficiali a molto profondi. La questione se qualcosa sta andando molto in profondità nella vita o rimane piuttosto superficiale, è un dato complesso e non dipende solo dall'evento stesso ma anche dalla propria capacità personale di dare un significato alle circostanze gravi, per integrarle, e anche dalla forza del contesto sociale. Quello che accade a livello psichico come conseguenza di esperienze traumatiche quali il diventare una vittima di reato, può essere illustrato pensando alle esperienze di vacanza da qualche parte in montagna, quando i bambini costruiscono una diga nel fiume di un piccolo monte. Quando bloccano il flusso, l'acqua si accumula e inizia a premere contro la diga, formando vortici e cercando una via d'uscita attraverso i passaggi e le fessure. Lo stesso accade metaforicamente a livello mentale con la sofferenza psichica. Pensieri circolari ed emozioni si accumulano e spingono contro il nostro flusso di vita bloccato, e ricercano modi frammentati e falsi per una vita che deve continuare (le "interruzioni" nel blocco del fiume). L'esperienza traumatica conduce ad un continuo volteggiare intorno all'evento. È come se il tempo si fermasse (Claes & Foqué 2001: 149-151). Vittime di reati gravi non continuano più a costruire il loro futuro partendo dalla storia della propria vita. Il flusso della loro vita è "bloccato" ad un livello inferiore o superiore. I giorni, le settimane, i mesi o addirittura gli anni dopo l'evento possono essere riempiti con le emozioni legate a quello che è accaduto, e sono in grado di condizionare completamente la loro vita. La paura di restare a casa da soli, di guardare la televisione, uscire la sera, andare in panico quando forme minori di ag-

gressione si verificano, i sentimenti di stress e di permanente sovraccarico mentale, e tutti i tipi di disfunzioni fisiche e mentali determinano la propria vita. Allo stesso tempo, l'episodio è quasi ininterrottamente presente nei pensieri e nelle emozioni. Quando entra una "diga" emotiva, sembra quasi impossibile sfuggire.

Il flusso permanente dei sentimenti che accompagna la loro vita è bloccato. Le persone in questa condizione mentale sono disposte a ripetere la stessa storia e la stessa esperienza... come un cerchio mai interrotto. È come se qualcuno vivesse un "eterno qui e ora", senza collegamento con la situazione reale. Questo "qui e ora" funziona come un sistema chiuso, una "prigione" mentale, non più aperta al mondo esterno. Questo succede quando il passato non è integrato nella propria vita come un'opportunità o "nutrimento" per il futuro. La libertà umana di fare scelte, costruire il proprio futuro in modo aperto, concepire e realizzare progetti di vita, è fortemente ridotto dall'impossibilità di fuggire da questo pensiero circolare. Profondi traumi psichici possono portare alla frammentazione o dissociazione psichica (Hutsebaut 2003), alla disfunzione che ostacola la normale partecipazione alla vita. Questo significa una parziale "morte" psichica. La libertà personale (vedi anche il diagramma seguente: "Le due parti della società"), che permette di orientarci dal passato verso nuove opportunità e iniziative di auto-sviluppo, è quindi ridotta.

In eventi gravi c'è sempre il confronto esistenziale, la perdita delle certezze precedenti e del sostegno, la ricerca di integrazione esistenziale nel flusso dinamico della vita. Questo può avere un alto grado di complessità, che spesso va al di là delle persone direttamente impegnate. Insieme a loro, molti altri possono essere coinvolti emotivamente ed esistenzialmente. E può anche continuare per diverse generazioni (Nagy e Spark 1984) (es. traumi di guerra, 11 settembre 2001).

La gente è mentalmente in ostaggio dell'evento che rivendica la sua permanente attenzione. Non è in grado di integrare l'evento

ad un livello materiale, emozionale ed esistenziale. I fatti non assimilati rimangono presenti e guidano la loro vita a livello conscio e inconscio. Questa guida ha conseguenze molto gravi. Può portare a catene di paura e di aggressività, ad essere vittima e diventare un delinquente da vittimizzazione ripetuta e quindi altre persone possono essere coinvolte (per esempio chi ha subito l'aggressione, diventa aggressivo nei confronti di un'altra persona innocente) e vi possono anche essere reazioni a catena nel tempo (un bambino che è stato abusato dal padre diventa violento verso i propri figli) (Patfoort 1995). I bambini vittime di abusi possono diventare tossicodipendenti, le vittime di violenza possono diventare persone violente, le vittime possono diventare colpevoli o isolate nel loro ruolo e vittimizzate ripetutamente in momenti successivi della loro vita e in altre situazioni.

Ciò accade quando i blocchi risultanti da esperienze dolorose non svaniscono ma continuano ad esistere sotto la "superficie dell'acqua" del proprio flusso di vita, ossia influenzano l'esistenza di una persona spesso a livello inconscio e ostacolano l'accesso al livello etico-esistenziale. Atti di aggressione, di (auto) distruzione possono anche essere ritenuti, in base al modello del "flusso di vita", come ricerca di risposte problematiche in seguito ad esperienze non elaborate o non "compostate". Possono essere intesi come atti dolorosi dell'"ultimo significato del dare".

Esperienze negative come l'essere stato vittima, sono in grado di bloccare questo libero "flusso" della vita (linee verticali nel diagramma) e ridurre la propria libertà etico-esistenziale, emotiva e materiale. Forme di seri atti criminali possono imprigionare i propri pensieri ed emozioni, e prendere in ostaggio sia la vittima che il reo. Esperienze non integrate di vittimizzazione, inoltre, portano ad esempio a catene di vittimizzazione e di offesa. La mediazione può svolgere un ruolo importante per sbloccare questo processo di imprigionamento mentale che si manifesta nel legame sistemico molto stretto (Deklerck 2005) tra il reo e la vittima. Questo pro-

cesso di “sblocco” è un processo etico. Si tratta di un’etica dell’incontro, che ha un’altra struttura come l’applicazione di codici etici esterni, quali il diritto umano o il codice penale.

### 3. Un’etica dell’incontro

L’etica della mediazione è un’etica dell’incontro. È ciò che i filosofi chiamano etica “intrinseca” (McDowell 1978, 1981, 1957; Oakeshott 1975; Wittgenstein 1953). La ricerca ha dimostrato che le persone, nelle loro azioni quotidiane, all’inizio non pensano a quadri astratti ma si rivolgono alle loro esperienze di vita (Van Beers 2001). Nella profondità del loro intimo c’è un tesoro di informazioni (cfr. il diagramma del flusso di vita), costruito sulla base di ciò che si è visto, vissuto, di come si è stati trattati da bambini, come ci si è confrontati con il confine della vita e della morte, come ci si è preoccupati per i propri cari. Le persone, consciamente o inconsciamente, fanno riferimento a queste esperienze quando devono giudicare, per prendere decisioni etiche. La gente pensa ai propri figli o all’incidente della ragazza della porta accanto, quando sono attenti nel traffico. Il poliziotto, di fronte a giovani spacciatori o ladri, pensa a suo figlio adolescente. Ricordiamo il nostro portafoglio perso, che abbiamo avuto indietro, quando ne troviamo uno. In generale, pensiamo a come le altre persone hanno agito davanti a noi, a come siamo stati trattati e come l’abbiamo vissuto, quando dobbiamo prendere decisioni. Questo può essere negativo («Non voglio che qualcuno abbia la stessa esperienza negativa») o positivo («Anche io sono stato trattato in questo modo»). Da tale punto di vista, l’etica non è una cosa morta, puramente astratta, ma un processo vivente di costruito permanente. Si tratta di un’etica di tipo procedurale (Denkers 1999). In questo tipo di etica intrinseca, spesso si fa riferimento ad autori come C. Gilligan (1982, 1988) e N. Noddings (1986). Essi parlano di “etica della cura”, un approccio che va sicuramente nella stessa direzione.

Mediazione e giustizia riparativa hanno a che fare direttamente con questa etica intrinseca con radici esistenziali. Sebbene possa essere vista come una qualità della persona ha radici molto più profonde, vitali. Si tratta di una concreta etica esperienziale che può essere condivisa dalla vittima e dal reo, spesso provenienti da ambienti sociali molto diversi. È un'etica che viene generata da sentimenti di riconoscimento e rispetto per la vulnerabilità e il male dell'altra parte. È la conseguenza concreta dell'esperienza di un accesso alla dimensione esistenziale della vita, che si esprime nell'incontro tra le parti coinvolte. Si tratta di una concreta etica esperienziale che non è solo il prodotto della relazione insolita tra vittima e colpevole. Si basa sulla capacità di entrare in contatto con le profonde radici esistenziali della vita. Sebbene un'etica intrinseca sia un processo profondo all'interno dell'individuo, non un fenomeno puramente individuale. È inserita in un insieme più grande, e può crescere fino a maturare negli individui. Questa etica diventa visibile nella volontà di agire contro l'ingiustizia, nel desiderio di scusarsi, nel mostrare rammarico e nella volontà di riparare i danni. Va ben oltre l'interazione tra individui. Fa parte della cura per la vita stessa ed è il risultato di un'etica dell'esistenza, spesso asopita sotto la polvere della vita quotidiana.

Funziona come una sorta di bussola (Deklerck & Depuydt 2001) durante il processo di mediazione, e rende i processi di autoregolazione possibili, nelle condizioni in cui si realizzi un incontro vero e autentico tra le parti.

#### **4. Il processo di mediazione: andare dall'"autunno" alla "primavera"**

##### *4.1. Dall'"autunno" alla "primavera"*

La mediazione, se ben fatta, può essere un processo profondo per andare dal passato al futuro, da un "autunno" a una nuova "primavera". Il processo di "restauro" o riparazione deve essere inteso

come il processo di ri-connesione del sé col profondo strato esistenziale nel suo flusso di vita, per liberarlo dai blocchi, per (ri) scoprire la profondità esistenziale e il potere della vita, per *riconquistare la libertà* di essere in grado di ‘fluire’ di nuovo con forza ed energia.

La riparazione può essere vista come un punto di svolta dopo l’atto delinquenziale. Il processo di giustizia penale tradizionale impone norme derivanti da strutture esterne quali la legge, il codice penale e il giudizio. Il processo di riparazione mediata, al contrario, ha fundamentalmente un altro carattere. Questo tipo di processo parte da fatti concreti e da aspetti contestuali: le storie reali delle parti che ne hanno fatto esperienza. L’obiettivo principale della mediazione non è – in primo luogo – “fare giustizia”, ma “la *restaurazione*, la riparazione e l’ampliamento della *libertà materiale*, emozionale ed esistenziale” delle parti coinvolte, in modo che esse non siano più condizionate da un atto delinquenziale. Questo crea *quindi* la giustizia come conseguenza.

Ne consegue che: «*la riparazione si esprime in una crescente libertà a livello materiale, psichico ed esistenziale, che può essere ridotta a seguito dell’atto delinquenziale in gradi diversi per diverse parti coinvolte*» (Deklerck 2005). Facciamo una distinzione tra riparazione, come collegata direttamente ai fatti (“riparazione primaria”) e la riparazione in un contesto più ampio: un livello personale e sociale più profondo (“riparazione secondaria” vedi 4.3.). Quando anche questo contesto più ampio è preso in considerazione, si parla di una “riparazione fondamentale”.

Questo ci porta alla seguente definizione: «riparazione fondamentale significa che tanti quanti sono gli elementi possibili che hanno portato all’atto delinquenziale, come ad esempio le esperienze di vittimizzazione del trasgressore e l’aggressione che provoca gli atteggiamenti della vittima, o fattori criminogeni nell’ambiente, vengono presi in considerazione, al fine di contribuire ad una più profonda riparazione esistenziale, che sembra essere

collegata (di nuovo) e completamente con il proprio flusso di vita» (Deklerck 2005).

Questo significa, semplificato, che i blocchi (cfr. le linee verticali nello schema del "flusso della vita": figura 2) non sono più esistenti, ma sono stati "sciolti" o "compostati". Questo è esattamente il contributo del processo di mediazione. A causa della struttura *intrinseca* e delle qualità del suo processo, come il "santuario" della mediazione, la volontarietà, l'imparzialità, la riservatezza, l'autenticità dell'incontro e il mediatore come catalizzatore, la vittima e l'autore del reato possono liberarsi dal legame "sistemico" reciproco, e riconquistare la loro libertà, come mostrato nella figura 3. Questo schema contiene le nozioni di "autunno, inverno, primavera, estate". Tali concetti dovrebbero essere visti come linguaggio metaforico per esprimere l'elemento centrale del processo di mediazione. Come nei processi ecologici quali il ciclo delle stagioni, processi simili di integrazione (qualità "primavera, estate") e disintegrazione (qualità "autunno, inverno") possono essere distinti in processi sociali, come i processi mediativi. Un processo di mediazione significa, in questo approccio, andare dall'"autunno" alla "primavera", per quanto riguarda l'atto delinquenziale. Questo può essere visto come il risultato, la "raccolta" di un evento rovinoso. Un raccolto nel contesto ecologico è anche l'inizio dell'autunno. Nel ciclo delle stagioni, l'autunno è un momento in cui si guarda indietro al periodo della tempesta e della pioggia, in cui vi sono elementi in natura che non hanno più una funzione, come ad esempio le foglie di un albero. Il verde sui campi muore, è in decomposizione, cade a pezzi, si trasforma in compost. L'autunno è un invito a entrare, fermarsi e riflettere sul periodo passato, sulle esperienze dell'"estate", per tornare dentro la propria casa, dentro di sé. La vita avviene dentro, insieme con i processi di protezione contro il duro inverno, la contemplazione e la riflessione. Il compostaggio è un processo in cui elementi del passato si trasformano in massa marrone, con molta attività; il

calore crea una microvita nel mucchio di concime, sotto terra, al suo interno. Le forme originali si decompongono, ma ciò che resta è il cibo, energia... in preparazione per una nuova primavera, quando una nuova vita può svolgersi e ricominciare. Questo è ciò che accade durante il processo di mediazione: rivivere il passato, voltandosi a guardare l'interiorità, i sentimenti interiori, cercando di capire, di toccare quello che è successo, fino al momento in cui si può perderla e guardare avanti. Si tratta di un processo di disintegrazione mentale dell'atto delinquenziale, che va verso un "inverno" di trasformazione in compost. Tornando ad un nuovo inizio nella vita, una "nuova primavera", si diventa "più vecchi e saggi", e anche esperienze molto brutte possono arricchire la vita in questo senso. I blocchi nel flusso della vita si sono decomposti e questo significa che si può tornare in forza, riscoprendo la libertà esistenziale, emotiva e materiale. Questo, per entrambe le parti coinvolte.

La figura 3 mostra l'emergere di un atto delinquenziale e il processo di restauro, o riparazione, attraverso la mediazione. Questo è l'argomento centrale nella giustizia riparativa. Delinquenza o crimine hanno sempre a che fare con esperienze etiche positive e negative in un modo molto diretto (l'escalation verso l'atto delinquenziale). Questo va di pari passo con la capacità degli esseri umani di collegarsi con le proprie radici etiche (Deklerck 2005). Su questa base la giustizia riparativa può funzionare. Se un processo di mediazione è andato a buon fine (compostaggio del passato, preparazione del futuro) significa che è stato impiegato abbastanza tempo per riflettere sui fatti e le emozioni che evocano (retrospezione, rispetto verso il passato) fino a che non possono essere "concimati", attraverso il processo. Il processo di decomposizione, che trasforma in "compost", è molto importante. Questo è quindi energia e cibo al lavoro per un nuovo futuro (prospettiva, considerazione per futuro).

#### *4.2. Dall' "autunno" alla "primavera" in sette passaggi*

In un processo di mediazione la comunicazione viene ripristinata. Le parti parlano dell'atto delinquenziale e dei fatti che lo riguardano. Essi trovano lo spazio per approfondire la storia della loro vita, esprimere i propri sentimenti ed emozioni, cercare scuse, proporre forme di riparazione del danno. Il processo di mediazione può essere considerato come un processo dall'"autunno" alla "primavera" attraverso un "inverno". Se la mediazione ha successo, è strettamente correlato alla qualità di questo processo, e l'impatto che ha sul piano emotivo ed esistenziale tra le parti interessate. Nel processo di mediazione, possiamo identificare sette fasi, che sono illustrate nelle figure 4 e 5.

Premettiamo che non tutte le fasi sono presenti allo stesso modo nei diversi casi di mediazione e che un processo di mediazione non porta necessariamente alla fase finale. La qualità del passaggio successivo dipende da ciascuna delle fasi precedenti e alcune possono ripetersi alternativamente.

##### *Fase 1: dinamiche di forze centripete e centrifughe*

La prima fase è il punto di partenza di una comunicazione tra vittima e colpevole, spesso in un caos di forti emozioni. Ha un carattere preparatorio e il mediatore prende contatto con le parti interessate. È una fase delicata, caratterizzata da un forte potere centrifugo e centripeto. Questo significa che da un lato (forza centrifuga), entrambe le parti vogliono sfuggire dal difficile e doloroso atto delinquenziale. Le vittime spesso provano forti emozioni di rabbia, aggressività, paura, vendetta nei confronti del trasgressore. Quello che vogliono soprattutto è una forte punizione, almeno la stessa quantità di dolore che stanno soffrendo, e questo certamente nei casi di reati gravi. La domanda se sono interessati a una mediazione, può portare ad un forte «no..., ma». Questo "ma" è quindi la forza centripeta. In questo momento il compito centrale

per un mediatore è la ricerca di sinergia tra le parti rispetto al reato. Oltre a varie forme di rifiuto sotto forma di colpa, sentimenti di odio, vendetta, rabbia e aggressività, spesso c'è un po' di curiosità sull'autore e sul suo gesto: «Perché ha scelto me? Ha fatto ad altri la stessa cosa prima di farla a me? Perché sorrideva? Dove ha trovato l'arma? Chi è quell'uomo che è in grado di... ?». Questi sono esattamente gli elementi che possono servire come indizio per l'altra parte. Il colpevole, oltre al rifiuto e al suo desiderio di dimenticare tutto l'evento il più rapidamente possibile (centrifugo), ha forse qualche senso di colpa, la volontà di compensare e liquidare il debito, frantumi di rimpianto e rimorso (centripeto). Egli è disposto a dare le prime brevi risposte ad alcune delle domande della vittima. Questo dà al mediatore la possibilità di far scambiare messaggi tra le parti.

Il gioco delle forze centrifughe e centripete è per il mediatore, a volte, come "camminare su un pavimento bagnato". Il punto è quello di aumentare l'apertura verso l'altra parte, e questo non in modo evidente. Invertire sentimenti di rifiuto, risentimento o aggressività ha poco senso in questa fase. La chiave è soprattutto la ricerca di indizi. Le forze centripete qui sono la curiosità, le domande da parte della vittima e un po' di buona volontà, magari qualche opportunismo da parte del trasgressore. Con questi fili di tessuto sfilacciato, il mediatore può iniziare a fare i primi nodi, e dare l'impulso iniziale, in molti casi, per una comunicazione indiretta. Il mediatore trasferisce qui le prime domande e risposte parziali, spesso facendo la spola tra le parti, che possono letteralmente tenersi a distanza. Questo consente alle forze centripete di guadagnare forza, nel rispetto della distanza emotiva e dell'atteggiamento reciprocamente negativo delle parti.

### *Fase 2: dalla strategia all'esperienza*

La sfida della prossima fase, dalla strategia all'esperienza, è il passaggio da atteggiamenti strategici allo scambio di profonde esperienze autentiche. Dopo l'esperienza traumatica del reato entrambi le parti hanno "le armi in mano". Questa protezione è per la vittima una conseguenza del sentirsi male e vulnerabile e per evitare una secondo vittimizzazione. Il colpevole da parte sua si protegge per un possibile contrattacco. Le parti preferiscono una posizione strategica, auto-protettiva, al fine di evitare un (nuovo) danno e dolore. La vittima teme una nuova esperienza traumatica e pensa soprattutto al risarcimento. A causa della forte carica emotiva in questa fase le richieste materiali possono essere eccessive. L'autore che teme forse un contrattacco può probabilmente esprimere in modo strategico un rimpianto superficiale e provare a scappare, minimizzando i fatti o la sua responsabilità. Nella microcriminalità, che è molto meno carica emotivamente e in cui non c'è un profondo dolore, le negoziazioni all'inizio possono riguardare il risarcimento materiale e la compensazione finanziaria. Anche in questo caso il mediatore ha un ruolo chiave per trasformare le posizioni strategiche in autentici messaggi, stimolare e gestire le esperienze vissute dalle parti coinvolte.

### *Fase 3: espressione delle emozioni*

L'espressione di emozioni autentiche nella fase successiva è molto pertinente e costituisce la base di una ripresa reale o riparazione. La manifestazione delle emozioni profonde riguardanti il reato è una base e prerequisito indispensabile per il recupero profondo. Potrebbe fornire un fondamento per lasciare il passato alle spalle e concentrare l'attenzione sul futuro. Questa, e la prossima fase, sono il cuore della giustizia riparativa, di "compostaggio" dei blocchi nel flusso della vita (figura 2).

#### *Fase 4: domande informative*

La fase di domande informative è strettamente intrecciata con la precedente fase di espressione di sentimenti ed emozioni. Le fasi 3 e 4 possono alternarsi frequentemente. L'espressione di sentimenti di tristezza, rabbia, paura e aggressività, va di pari passo con l'atto di dare voce ai fatti e porre domande circa il perché, il come, il cosa, il quando, e così via. Tale informazione è utile per comprendere le emozioni riguardanti l'evento, dando un senso a quello che è successo, per mitigare la pena e il dolore, il senso di colpa e il rimorso e, più in generale, per integrare i fatti e i sentimenti ad un livello esistenziale. Anche per il colpevole questa fase è cruciale per raggiungere l'auto-guarigione, per capire le sue azioni e il danno profondo che questo ha portato. I sentimenti di colpa, il rimpianto e il rimorso si esprimono nella fase seguente nel desiderio di restituzione e riparazione. La fame di informazioni era già nella prima fase come fragile punto di partenza del processo di mediazione, ma spesso molto carico emotivamente e con una limitata capacità di integrazione mentale.

#### *Fase 5: guadagnare profondità, empatia*

Queste ultime due fasi possono essere ripetute alternativamente in modo disordinato e spesso anche caotico in una fase successiva che ha una profondità crescente e l'empatia come caratteristica di base; fase 5: conseguimento di profondità, empatia (svolta). Di qui proviene la vera liberazione dal passato. Le emozioni circolari e vorticiose che erano bloccate dagli eventi trovano un letto nel flusso esistenziale della vita delle persone coinvolte. Ecco la porta per il futuro si apre. Il mediatore ha in questa fase come compito fondamentale quello di stimolare lo scambio più profondo per assistere le parti nell'espressione delle proprie emozioni, creare spazio per quello che si presenta e la reciproca disponibilità ad ascoltare, per garantire la sicurezza e orientare gli scambi verso una profonda

empatia. Al termine di questa fase ogni storia è ascoltata e conosciuta. Se necessario, nei casi di reati gravi, si può proseguire con una terapia per permettere di sciogliere meglio le emozioni (vedi figura 6). Ma questa fase ha un ruolo chiave nel consentire la possibilità di restauro. Questo succede quando il passato può essere "concimato" o digerito, e può servire come "nutrimento" per un nuovo inizio.

### *Fase 6: orientamento al futuro*

Dopo esserci occupati del passato, le due fasi successive sono orientate verso il futuro. Nella fase 6 il futuro diventa centrale. Pensieri come: «Voglio che tu faccia qualcosa per il tuo problema di alcol», o «come farai a pagare i danni», o «non voglio vederti di nuovo nel mio quartiere», emergono spontaneamente come conseguenza delle fasi precedenti. Nel contesto di questo sdoganamento del passato segue uno spazio per vedere a cosa si perviene. Inizialmente questa esplorazione può cominciare con un inventario dei danni, se non è stato ancora fatto. Inoltre, l'esplorazione può essere attivata intorno a forme di compensazione che può avvenire a diversi livelli: materiale, finanziario, emotivo ed etico-esistenziale (cfr. il flusso della vita).

Le percezioni soggettive e le espressioni dei bisogni e del risarcimento dovrebbero anche quantificarsi con realistiche richieste e requisiti di compensazione. Il mediatore può fornire i criteri, chiavi ed esempi di un eventuale risarcimento. Se la procedura precedente è andata bene, la necessità spesso di richieste esagerate e altre istanze e aspettative della vittima diventano più realistiche, in proporzione al danno reale e ai concreti bisogni della vittima e del reo. La comprensione e il coinvolgimento emotivo del colpevole si traduce in una disponibilità a pagare un risarcimento e a rispondere ad altri requisiti della vittima. Questi ultimi sono spesso legati alla prevenzione della recidiva, per esempio il trattamento farmacolo-

gico, la terapia, e l'allontanamento dall'ambiente primario della vittima. Il ruolo del mediatore è qui principalmente informativo e centrante. Grazie all'autenticità dell'incontro, supportato dal mediatore, si raggiunge un nuovo equilibrio e le forze centripete e centrifughe si alleggeriscono. Una dinamica interiore di ricerca di sé porta ad una integrazione psichica e all'equilibrio.

### *Fase 7: accordo concreto*

Il tutto porta ad accordi concreti di un recupero, suggellati in un contratto che riguarda l'ultimo passaggio. Le parti proseguono per stipulare l'accordo. Si scrivono accordi concreti e si firma il contratto. La proposta di contratto può essere controllata da un soggetto esterno, come un avvocato. A questo punto il mediatore può contribuire facendo una proposta contrattuale, aiutando con la formulazione giusta. L'intero processo di mediazione è confidenziale, il che significa che nulla di quanto è successo durante le sessioni di mediazione sarà riferito fuori. In relazione alla giustizia penale, l'unica informazione è il contratto, o il semplice messaggio che il processo di mediazione non ha portato ad un contratto. Il vincolo della riservatezza è un elemento chiave per creare il giusto processo e non può essere rotto.

Il mediatore guida il processo di interazione tra reo e vittima. Il suo lavoro varia a seconda della fase in cui si trova il processo. Le fasi non sono sempre così lineari come sono state presentate schematicamente. Esse, come già detto, possono ripetersi, richiedere un tempo più o meno lungo, essere saltate. La loro durata può variare a seconda delle parti e del tipo di reato. Quello che resta centrale nel processo è il fatto che il mediatore assista alla trasformazione da un processo di disintegrazione ad uno di (re)inserimento, dall'autunno alla primavera, che sia inter intraindividuale. Tornando al modello ciclico delle genesi di un reato e alla

risposta in forma di mediazione su citata, di seguito facciamo una sintesi in figura 5.

#### 4.3. Mediazione e altre risposte

Come abbiamo già descritto in precedenza, facciamo una distinzione tra la "riparazione" collegata direttamente ai fatti ("riparazione primaria") e quella in un contesto più ampio: livello personale e sociale più profondo ("riparazione secondaria"), gli aspetti personali e sociali che hanno portato al gesto criminale, che è descritto in figura 6.

La riparazione "primaria" di mediazione (fase 2) si concentra su tutto ciò che è direttamente connesso all'atto delinquenziale. Il trattamento, la terapia, la punizione possono essere significativi come riparazione secondaria (fase 3) per i soggetti coinvolti se sono connessi al danno prodotto dall'atto delinquenziale e se prendono in considerazione gli aspetti contestuali di cui sono stati (co-) responsabili nella commissione dell'atto delinquenziale. Questi aspetti possono essere: una storia di vita problematica, comportamenti a rischio, per quanto concerne il trasgressore, ma anche peculiari aspetti della vittima e criminogeni all'interno dell'ambiente.

Possono essere scoperti e mappati durante il processo di mediazione. Le nozioni di "primaria" e "secondaria" si riferiscono in questo caso a "distanza dai fatti" (riparazione diretta o contestuale), *non* nel tempo, e *non* esiste necessariamente un ordine cronologico. Le fasi 2 e 3 possono proseguire insieme, o possono essere scambiate nell'ordine cronologico, a seconda del processo globale o integrale di riparazione. La riparazione primaria per l'atto delinquenziale e quella secondaria per gli aspetti contestuali possono creare insieme le basi per un riparazione *integrale* per il colpevole, la vittima e le altre persone coinvolte all'interno del più ampio ambiente sociale.

## **5. Conclusione: la mediazione, un viaggio verso una nuova primavera**

Partendo da casi concreti e particolari esigenze, un'etica basata sull'esperienza sta diventando un dato fondamentale. Un incontro sulle sofferenze inflitte alla vittima porta il reo ad affrontare i limiti morali dei suoi atti. Rimpianto e rimorso, collegati al processo di mediazione tra vittima e colpevole (e il loro ambiente di supporto), rappresentano un potere etico sia per il reo che per la vittima per un nuovo inizio, molto più di quanto faccia la giustizia tradizionale. Una buona mediazione è in grado di ripristinare la posizione della vittima in relazione al trasgressore, anche quando il danno può non essere riparato o solo parzialmente e la sofferenza non può essere dimenticata. Una vera e propria riparazione non significa tornare alla situazione precedente all'atto, ma che la vittima e il reo, attraverso il confronto con il passato, possano riconquistare la libertà per il futuro.

In questo senso la vittima non è più condizionata dai fatti, ma può riconquistare la storia della propria vita, con prospettive libere e aperte al futuro. A processi di disintegrazione psichica, forme sottili o gravi di dissociazione, ecc. si può rispondere con la possibilità di connettere se stessi pienamente alle diverse dimensioni del proprio flusso di vita. Questo significa riguadagnare la libertà di vivere ancora e di continuare senza la dominante paura generale o l'incertezza come conseguenza di esperienze traumatiche. Le esperienze traumatiche non schiacciano più il presente: le persone non hanno più paura di restare a casa da sole o di camminare per strada, e possono di nuovo cogliere le possibilità che la vita offre.

In un modo più articolato lo stesso si può dire del trasgressore. Anche lui è quasi sempre condizionato dalla propria storia traumatica di vita. Questo ha portato alla costruzione di una identità basata sulla negazione delle gravi conseguenze del suo comportamento criminale, e allo sviluppo di un'immagine basata sull'accu-

mulo di esperienze negative. Restaurare significa riparare i danni, passando per le lesioni personali e le esperienze traumatiche riconquistando la libertà e creando un nuovo inizio per il futuro, ed è qui che la mediazione può fornire il suo contributo.





# La place de la médiation dans une politique en faveur des victimes. Réflexion au départ du modèle belge\*

di Antonio Buonatesta\*\*

## 1. Réflexion préliminaire

Le fait même de se poser la question de la place de la médiation dans une politique en faveur des victimes, devrait paraître, d'un certain point de vue tout à fait paradoxal.

D'une manière générale, on s'accorde à dire que la médiation entre auteurs et victimes d'infraction constitue l'outil le plus emblématique d'un modèle de justice restauratrice, au point même que les deux concepts sont souvent confondus. Par ailleurs, si l'on se réfère à une définition communément admise de ce modèle de justice, on y trouve deux dimensions principales<sup>1</sup> :

\* In coda all'originale riproponiamo l'articolo tradotto in italiano (a cura della redazione).

\*\* Coordinateur de l'association « Mediante ». Service agréé par le Ministère belge de la Justice dans le cadre de la loi du 22 juin 2005 instaurant de nouvelles dispositions relatives à la médiation en matière pénale. Il opère dans l'ensemble des arrondissements judiciaires francophones de Belgique.

<sup>1</sup> Ces deux dimensions synthétisent les approches de deux éminents représentants de ce modèle de justice : Howard Zehr et Nils Christie dans leur ouvrage respectif « Changing lenses » et « Crime as property ».

- *une meilleure prise en compte du dommage émotionnel et matériel effectivement occasionné auprès des victimes à la suite de la commission d'un fait pénal, le droit d'obtenir réparation de ce dommage et la mobilisation de l'auteur dans une démarche de réparation ;*

- *une plus grande implication des parties, dans la manière de concevoir cette réparation.*

Au regard de cette perspective, on peut donc s'étonner qu'il ne tombe pas sous le sens que la médiation s'inscrive naturellement et à part entière dans une politique en faveur des victimes.

Et pourtant, cette réticence est bien présente tant au niveau de certains acteurs de terrain qu'au niveau de dispositions réglementaires internationales.

Ainsi, la plupart des services oeuvrant exclusivement au niveau des victimes ont du mal à décoder l'intérêt de la médiation pour des faits d'une certaine gravité et, le plus souvent, la rejettent en la considérant à haut risque de re-victimisation.

Sur le plan réglementaire, il nous suffit de prendre l'exemple du récent projet de directive de la Commission européenne en matière de droit, d'aide et de protection des victimes d'infraction et en particulier l'article 11 relatif aux pratiques de médiation et de justice restauratrice. Loin d'y trouver des dispositions visant à encourager ces pratiques, on y découvre plutôt une tendance à la mise en garde des États membres contre les risques qu'elles présentent et la nécessité de veiller aux garanties des victimes qui y ont recours.

En tant que promoteur d'une approche de la médiation soucieuse de l'intérêt des victimes, c'est, pour le moins, interpellant de voir attribuer à la médiation des **risques d'intimidation et de victimisation secondaire...**

Néanmoins, si cette perception peut nous paraître **choquante**, elle est dans une certaine mesure **compréhensible**.

**1. Elle est compréhensible** dans la mesure où certaines pratiques s'inspirant des principes d'une justice restauratrice ont été

amenées, parfois involontairement, à occulter certaines attentes des victimes au regard des besoins de l'auteur.

Ainsi, en Belgique, cette approche est présente dans l'utilisation de la médiation dans la justice des mineurs et dans un dispositif de la procédure pénale pour adultes où la médiation est utilisée comme mesure de diversion.

De ce point de vue on peut donc comprendre la volonté de poser certaines garanties de protection des intérêts des victimes.

2. Mais elle peut paraître **choquante** si l'on considère que les principes mêmes d'une médiation imposent, de fait, une prise en compte équivalente des intérêts de toutes les parties ainsi que la garantie de les protéger de tout risque de rapport de force déséquilibré.

Une expérience menée en Belgique depuis 1998 a permis d'ouvrir une autre perspective de médiation dans le champ pénal et a confirmé le bénéfice incontestable que les victimes peuvent en retirer même, et surtout, lorsqu'elles ont subi un préjudice émotionnel très lourd.

Les principes directeurs de cette expérience ont été consacrés par la loi du 22 juin 2005.

Au regard de cette pratique et des nombreux témoignages de reconnaissance des victimes, on ne peut s'empêcher de ressentir une certaine frustration face aux réserves relatives à l'adoption de la médiation dans une politique en faveur des victimes.

Afin de mieux décoder les paramètres de ces approches contrastées, nous présenterons brièvement, en un premier temps, la manière dont la médiation s'est introduite dans la justice des mineurs et son application dans la procédure pénale adulte comme mesure de diversion<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Une loi datée de 1994 introduit dans le code d'instruction criminelle la faculté pour le procureur du Roi de proposer une « médiation pénale » à l'auteur des faits en vue de lui permettre d'obtenir une extinction des poursuites.

L'évocation préalable de ces deux applications vise à mieux faire apparaître les limites d'une certaine approche de la médiation au regard de l'intérêt des victimes.

Par la suite, l'objet principal de notre intervention portera évidemment sur les nouvelles dispositions en matière de médiation prévues par la loi de 2005 et les conditions méthodologiques qui les ont rendues possibles.

## **2. La médiation comme mesure éducative dans la justice des mineurs**

Dans la plupart des pays européens, les principes d'une justice restauratrice, ont d'abord été appliqués dans la justice des mineurs dès la fin des années '80. On observe ainsi l'émergence de législations qui introduisent des mesures visant à impliquer le jeune dans une démarche de réparation. Le plus souvent, ces mesures prenaient la forme d'un travail d'intérêt général ou d'une démarche de réparation à l'égard de la victime que l'on commençait à nommer « médiation ». Et il y avait une tendance à mettre ces deux processus sur le même pied.

Cependant même si la terminologie de « médiation auteur-victime » était de plus en plus utilisée, l'objectif premier de la plupart des expériences n'était pas de mieux prendre en compte l'intérêt des victimes mais plutôt de trouver une réponse judiciaire plus adéquate à l'égard du jeune en raison des lacunes du système judiciaire en place

Ainsi, dans les pays où le système en place pour les mineurs était considéré comme trop répressif, l'introduction de mesures réparatrices et de la médiation visaient à offrir une réaction plus socialisante et réduire les mesures d'enfermement.

Dans les pays où le système en place était considéré comme trop «réhabilitatif», l'introduction de la médiation visait prioritairement

à responsabiliser davantage le jeune et à mieux lui faire prendre conscience des conséquences de ses actes.

La Belgique se trouvait incontestablement dans ce cas de figure. Le modèle de justice était même qualifié de « protectionnel ». Selon ce modèle, le délit est prioritairement associé à une carence éducative ; la justice doit donc veiller essentiellement à prendre des mesures visant à la rééducation du jeune. Ici, non seulement la victime est davantage écartée de la procédure mais on évite même de faire référence à l'infraction. Pour évoquer le fait délictueux, on utilise plutôt le terme de « fait qualifié infraction »

C'est dans ce contexte qu'en 1984, ont débuté les premières expériences de pratiques restauratrices en Belgique avec, comme référence des expériences analogues menées en Angleterre, aux Etats Unis et au Canada.

Mais très vite, nous avons rencontré de grosses difficultés à organiser des médiations dans la plupart des dossiers qui nous étaient adressés.

Nous nous sommes rendus compte que, dans la mesure où nous intervenions au niveau du tribunal de la jeunesse, nous étions amenés à traiter des dossiers plus graves (agressions, vols avec violence) alors que, dans la plupart des expériences étrangères, la médiation était proposée au niveau de la police et du parquet pour des faits de moindre gravité.

Ainsi, dès que l'infraction était de nature à provoquer un effet traumatisant auprès des victimes, celles-ci réagissaient le plus souvent avec colère et indignation et refusaient l'offre de médiation.

On entendait des réactions du genre : « *trop facile de s'excuser...* », « *Il fait ça pour se faire bien voir par le juge...* », « *il est de toute façon incapable de payer...* », « *il ne se rend pas compte du mal qu'il m'a fait...* », « *dites-lui que si je le rencontre ...* »

Souvent aussi cette agressivité s'adressait aussi au médiateur qui osait faire une telle proposition...

En un premiers temps, ces réactions ont semé un doute sur l'op-

portunité et la faisabilité d'une médiation dans pour des infractions graves. Nous avons néanmoins le sentiment que malgré ces réactions négatives, les victimes exprimaient implicitement certains besoins auxquels l'auteur des faits pouvait apporter une réponse utile : « *je ne veux pas entendre parler de médiation mais dites-lui que...* »

Il nous semblait que la victime refusait plutôt le « modèle de médiation » qui lui était proposé et qui ne prenait pas suffisamment en compte les sentiments et besoins réels générés par le délit. Ces sentiments se situaient davantage dans le registre de la colère, de la peur, de la souffrance, voire de la vengeance. Ils étaient donc susceptibles d'engendrer un besoin de faire entendre ces émotions, ou de mieux comprendre ce qui s'était passé plutôt que d'accueillir passivement la démarche de l'auteur.

Cette conviction nous a amenés à repenser la manière de concevoir la médiation en matière pénale et à tenter de mieux identifier les conditions permettant de créer un dialogue crédible et satisfaisant entre auteur et victime.

La première de ces conditions était d'opérer une distinction plus claire entre médiation et réparation.

Il y avait lieu d'appliquer réellement un principe élémentaire de la médiation (souvent occulté dans le champ pénal) qui prévoit une implication effective et équitable de toutes les parties, dans la gestion des conséquences de l'infraction. Et cela nécessitait de quitter la perspective exclusivement « réhabilitative et unilatérale » de la réparation et de considérer qu'au-delà du « devoir de réparation » du jeune et son utilité psychologique, il y avait lieu aussi de tenir compte du « droit à la réparation » de la victime.

Plus concrètement, cela implique que l'on veille à ne plus s'adresser à la victime pour l'entendre accepter ou non une offre de réparation du jeune mais pour explorer avec elle ses besoins spécifiques générés par le délit et identifier en quoi le jeune peut y apporter une réponse utile et crédible.

Nous développerons davantage les conditions de ce changement de perspective dans la dernière partie consacrée aux nouvelles dispositions prévues par la loi de 2005. Car, comme nous l'évoquions déjà en introduction, cette réflexion dans le champ de la justice des mineurs, a été à l'origine *du changement de cap marquant de la médiation dans le champ pénal adulte*.

### **3. La médiation comme mesure de diversion dans la procédure pénale adulte (loi de 1994)**

Au moment où l'on commençait à entrevoir des perspectives pour sortir la médiation du cadre limité d'une mesure éducative de diversion pour mineur, on assistait à l'introduction d'une disposition légale dans la procédure pénale adulte qui présentait des limites étonnamment analogues à celles décrites ci-avant.

Cette disposition permet au Procureur de ne pas engager de poursuites pénales dans certains dossiers où l'auteur accepte de respecter une ou plusieurs des conditions suivantes: *suivre une thérapie, suivre une formation, accomplir un travail d'intérêt général ou procéder au dédommagement de la victime*. Son champ d'application est limité à des faits passibles de moins de deux ans d'emprisonnement.

Cette loi entrée en vigueur en 1994 a été dénommée « loi sur la médiation pénale ». Cependant, dès le départ, beaucoup d'observateurs, dont le Conseil d'Etat..., considéraient que l'utilisation du terme de médiation pour définir cette loi était inadéquate dans la mesure où elle vise davantage à organiser des conditions d'extinction des poursuites pour l'auteur que d'ouvrir un réel espace de concertation accessible de manière équivalente à la victime. Ce type de médiation est mis en oeuvre par des assistants de justice, opérant sous l'autorité fonctionnelle du procureur du Roi.

On remarquera par ailleurs que cette forme d'utilisation de la

médiation dans le champ pénal se retrouve également, à quelques nuances près, dans plusieurs législations européennes.

Selon nous, ce type de législation a contribué pendant plusieurs années à associer systématiquement la médiation à la recherche d'une alternative pénale prioritairement bénéfique à l'auteur, en l'occurrence l'extinction des poursuites et de ce fait, a alimenté des préoccupations légitimes quant au risque d'instrumentalisation de la victime.

#### **4. Les nouvelles dispositions prévues par la loi du 22 juin 2005 et leur apport dans une politique en faveur des victimes**

Comme nous l'annonçons dans notre réflexion préliminaire, l'objet principal de notre intervention porte sur les apports significatifs de ce nouveau dispositif de médiation.

Pour rappel, en 1998, le Ministère de la justice prend en considération les perspectives concluantes des expériences menées dans le champ des mineurs et les limites de la loi de 1994 sur la médiation pénale. Il envisage de financer un *projet pilote national* en vue *d'explorer les conditions d'une application plus large de la médiation dans la procédure pénale adulte et de la rendre possible à tout moment dans la procédure même pour des infractions les plus graves.*

Les associations « MEDIATE » et « SUGGNOME », ont été chargées de développer respectivement ce projet dans les arrondissements judiciaires francophones et néerlandophones.

Les grands principes dégagés au cours de cette expérience ont été consacrés par la loi du 22 juin 2005 qui introduit de nouvelles dispositions en matière de médiation dans le code de procédure pénale. Elle prévoit notamment que *toute personne ayant un intérêt direct dans une procédure judiciaire peut formuler une demande de médiation et ce, à tous les stades de la procédure, y compris au stade de l'exécution de la peine.*

Il s'agit là d'une caractéristique spécifique et fondamentale de cette loi : elle institue la médiation comme un droit (et non une mesure décidée par un magistrat à l'égard l'auteur des faits) accessible directement à toutes les parties impliquées dans une infraction à tout moment dans la procédure

Comme nous l'avons déjà esquissé à propos de l'expérience menée avec les mineurs, cette volonté d'ouvrir les possibilités de médiation aux personnes impliquées dans des faits lourds émotionnellement se fonde sur l'observation suivante :

Dans la plupart des infractions occasionnant une victimisation personnalisée, l'auteur occupe de facto une place importante dans le vécu ou l'imaginaire de la victime et ce, d'autant plus que les faits sont graves et traumatisants. Cela peut générer auprès des victimes une catégorie d'attentes auxquelles seul l'auteur peut répondre. Ce dernier peut donc s'avérer un levier important de reconstruction et d'apaisement.

Nous proposons de développer ici de manière plus précise les conditions qui permettent d'identifier et de répondre à ces attentes. Nous avons situé ces conditions à trois niveaux : conceptuel, juridique et méthodologique.

#### 4.1. *Condition conceptuelle*

Il y a lieu de sortir du cliché selon lequel la médiation est nécessairement associée à une démarche d'excuses, de réconciliation, de pardon... et la considérer plutôt comme un espace de communication sans contenu prédéfini<sup>3</sup>. Dans cet espace, la victime pourra plus aisément identifier son propre intérêt pour une médiation et

<sup>3</sup> Paradoxalement, nous avons été amenés à limiter l'usage du terme « médiation » dans les différents documents d'information sur le service (dépliants, affiches...) et privilégier celui de « communication ».

mieux comprendre dans quelle mesure l'auteur peut s'avérer une ressource utile.

Selon les victimes et les circonstances des faits, les attentes peuvent différer mais la plupart d'entre elles se retrouvent dans les catégories suivantes.

- *Besoin de mieux comprendre ce qui s'est passé :*

Pour certaines victimes, il reste des éléments d'ombre et des questions auxquelles l'enquête et le procès n'ont pas répondu ; au moment de l'offre de médiation, elles réalisent qu'au bout du compte, seul l'auteur est en mesure d'y apporter une réponse satisfaisante ; cet échange s'avère le plus souvent un facteur de reconstruction capital pour elles.

- *Besoin d'être entendue et reconnue dans la souffrance subie, pouvoir exprimer des émotions de colère voire des sentiments de vengeance*

La possibilité d'exprimer ces sentiments à l'auteur constitue également un facteur de reconstruction et d'apaisement ; on sait combien le sentiment de vengeance est destructeur et qu'on a du mal à inscrire dans un « esprit de médiation » ; il n'y a cependant pas lieu de l'éluder et l'on observe paradoxalement que la médiation, en tant qu'espace de communication utile, peut permettre de le gérer et de l'atténuer.

- *Appréhension d'une éventuelle libération*

Il s'agit ici d'une appréhension récurrente chez les victimes lorsque l'auteur est détenu et qu'il est en voie d'être libéré dans le cadre d'une libération conditionnelle ; une démarche de médiation peut permettre à la victime de négocier directement avec l'auteur des conditions de libération plus rassurantes et de l'aider à dépasser la crainte de « le croiser par hasard dans la rue... »

- *Attente d'une réparation financière réaliste et effective*

Un espace de dialogue où l'on peut aborder le panel de préoccupations évoqué ci-dessus peut permettre corollairement de convenir de modalités d'indemnisation plus satisfaisantes pour les deux parties.

On pourrait penser que cette attention particulière aux attentes des victimes va se heurter cette fois à un probable rejet de l'auteur. Il n'en est rien. La plupart d'entre eux, sans nécessairement éprouver de l'empathie vis-à-vis des victimes, ont pleinement conscience de la gravité des actes commis. Dès lors qu'ils se rendent disponibles à une démarche de réparation utile et crédible à l'égard des victimes, ils comprennent très bien que c'est à ce type d'attentes qu'ils doivent pouvoir faire écho.

#### 4.2. *Cadre juridique approprié*

Nous avons déjà évoqué un principe fondamental et innovateur de la loi de 2005 qui institue la médiation comme un droit et non une mesure discrétionnaire. Nous synthétisons ici d'autres dispositions qui contribuent à garantir une large faisabilité de la médiation et l'intérêt conjoint des auteurs et victimes.

- La médiation est bien conçue comme un espace de communication autour de toute question liée aux conséquences de l'infraction.

- Elle s'inscrit dans une procédure parallèle sans bénéfices judiciaires prédéfinis pour l'auteur (extension des poursuites, réduction de peine..) tout en considérant la prise en compte d'éventuels accords entre les parties

- Elle est considérée comme une offre de service, accessible à tous les stades de la procédure sans contre-indication, dès lors que cela ne nuit pas à l'instruction ou l'information en cours.

- Elle attribue un devoir d'information et de proposition aux

magistrats (pas de saisine discrétionnaire ou exclusive) ; elle laisse la place à d'autres relais d'information.

#### 4.3. *Méthodologie d'intervention appropriée*

Dans la mesure où la médiation est conçue comme un droit accessible à toutes les parties, il y a lieu de considérer toute demande d'une des parties comme recevable, indépendamment de la gravité des faits ou d'un éventuel profil douteux de l'auteur et de laisser aux parties la possibilité de déceler elles-mêmes l'existence d'une convergence d'intérêts.

Si, en raison d'un a priori négatif, on refuse de prendre en considération la demande de l'auteur, on s'expose à deux difficultés :

- d'une part, l'auteur qui se voit incité formellement à adopter une attitude positive à l'égard des victimes, est mis dans une situation de double contrainte : on le considère comme opportuniste et manipulateur s'il entreprend une médiation, on le considère insensible au vécu de la victime et non admissible à une libération conditionnelle s'il n'entreprend rien ;

- d'autre part, on néglige par la même occasion de prendre en considération les attentes spécifiques de la victime car, si les enjeux et les objectifs de la médiation sont bien clairs pour elle, elle peut tout à fait tirer profit d'un échange avec un auteur présumé « manipulateur ».

Par ailleurs, le risque éventuel de manipulation ou d'instrumentalisation est écarté de la manière suivante. Lorsque la demande émane de l'auteur, il n'y a pas lieu de se focaliser sur le contenu de cette demande (lettre d'excuses, volonté de reprendre contact, volonté d'indemniser...). Le rôle du médiateur n'est pas de colporter et encore moins défendre le contenu de cette demande auprès de la victime. Il doit signifier à l'auteur de le mettre provisoirement « entre parenthèses » et vérifier s'il est prêt à se rendre disponible à prendre en considération les attentes spécifiques des victimes.

## 5. Conclusions

Cette réflexion sur la place de la médiation dans une politique en faveur des victimes mériterait d'être illustrée par des exemples et témoignages. Ce n'était pas le lieu de le faire dans ce document. Nous ne manquerons pas évidemment d'y faire référence dans le cadre d'une intervention orale.

A défaut, nous pouvons renvoyer le lecteur au site web de l'association, [www.mediante.be](http://www.mediante.be) où, dans la rubrique « autres documents », on peut écouter deux reportages radio : l'un, réalisé par France Inter en 2008 pour l'émission « Interception » et qui s'intitule « *Victime- agresseur, l'étonnant dialogue* », l'autre, réalisé par France Culture en 2011 pour l'émission « Sur les Docks » et qui s'intitule « Dialogue pénal ».

Nous complétons également ce document par un tableau statistique sur l'issue de l'ensemble des médiations clôturées en 2010 par le service de médiation.

DONNÉES STATISTIQUES SUR BASE DES MÉDIATIONS ENREGISTRÉES JUSQU'EN FIN 2010 PAR TYPE DE FAITS

		TOUS DOSSIERS		AGRESSIONS VIOLENTES		MEURTRES		ABUS SEXUELS		ROULAGE HOMICIDE INVOLONTAIRE	
		N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
	Demands de médiations faisables* (*contact avec les 2 parties)	5463		2509		565		551		54	
BASE DE DONNÉES pour évaluation des issues	Médiations clôturées en 2010 avec accord de principe	3626		1586		347		386		36	
ISSUES évaluées sur base du N de médiations avec accord de principe	Accords écrits	1577	43.5%	717	45.2%	119	34.3%	142	36.8%	1	2.8%
	Echanges utiles	1544	42.6%	627	39.5%	211	60.8%	215	55.7%	32	88.9%
	Pas d'accord	505	13.9%	242	15.3%	17	4.9%	29	7.5%	3	8.3%
	<b>TOTAL issues positives</b>	3121	86.1%	1344	84.7%	330	95.3%	357	92.5%	33	100%
MODE DE COMMUNICATION évalué à partir du N de médiations avec issue positive	Médiations indirectes	3121	86.1%	1343	84.7%	283	81.6%	337	87.3%	26	72.2%
	Rencontre face à face	505	13.9%	243	15.3%	64	18.4%	49	12.7%	10	27.8%

## **Il posto della mediazione in una politica in favore delle vittime. Riflessione sulla base del modello belga**

*di Antonio Buonatesta*

### **1. Riflessione preliminare**

Il fatto stesso di porsi la questione della posizione della mediazione in una politica in favore delle vittime dovrebbe sembrare, da un certo punto di vista, abbastanza paradossale.

In generale, siamo d'accordo che la mediazione tra vittime di reato e colpevoli costituisce lo strumento più emblematico di un modello di giustizia riparativa, al punto che i due concetti sono spesso confusi. Inoltre, se si fa riferimento ad una definizione comunemente accettata di questo modello di giustizia, ci sono due dimensioni principali<sup>1</sup>:

- *Una maggiore considerazione del danno emotivo e materiale effettivamente causato alle vittime come conseguenza della commissione di un atto criminale, il diritto al risarcimento di tali danni e il coinvolgimento del colpevole in un processo di riparazione;*

- *Un maggiore coinvolgimento delle parti, nel modo in cui progettare la riparazione.*

In questa prospettiva è facile stupirsi del fatto che non tutti percepiscono la mediazione come parte naturale e autonoma di una politica in favore delle vittime; tuttavia questa reticenza è molto

<sup>1</sup> Queste due dimensioni sintetizzano gli approcci di due eminenti rappresentanti del presente modello di giustizia: Howard Zehr et Nils Christie nelle loro rispettive opere specifiche *Changing lenses* e *Crime as property*.

presente sia a livello di alcuni operatori sul campo che a livello di disposizioni normative internazionali. Così, la maggior parte dei servizi che operano esclusivamente a livello delle vittime fanno fatica a decodificare l'interesse della mediazione per i reati di una certa gravità e, più spesso, la rifiutano considerandola ad alto rischio di ri-vittimizzazione.

Sul fronte normativo, basta fare l'esempio del recente Progetto di Direttiva della Commissione Europea in materia di legge, di assistenza e protezione delle vittime della criminalità e in particolare l'articolo 11 relativo alle pratiche di mediazione e di giustizia riparativa. Lungi dal trovare delle disposizioni per incoraggiare tali pratiche, si scopre piuttosto una tendenza a mettere in guardia gli Stati membri contro i rischi e la necessità di garantire tutele per le vittime che le utilizzano.

Come promotore di un approccio alla mediazione consapevole, per dell'interesse delle vittime è, per usare un eufemismo, difficile vedere attribuire alla mediazione dei rischi di intimidazione e vittimizzazione secondaria.

Tuttavia, se questa percezione può sembrare scioccante, è in una certa misura comprensibile.

1. È comprensibile nella misura in cui certe pratiche basate sui principi della giustizia riparativa sono state portate, a volte involontariamente, per nascondere alcune delle aspettative delle vittime in relazione alle esigenze dell'autore.

In Belgio questo approccio si trova nell'utilizzo della mediazione nel sistema di giustizia minorile e nel sistema del processo penale per gli adulti in cui viene utilizzata la mediazione come misura alternativa.

Da questo punto di vista si può comprendere il desiderio di chiedere alcune garanzie a tutela degli interessi delle vittime.

2. Ma può sembrare scioccante se si considera che gli stessi principi di mediazione richiedono, in effetti, una considerazione degli

interessi di tutte le parti oltre che la garanzia di proteggerle da qualsiasi rischio di squilibrio di potere.

Un esperimento condotto in Belgio dal 1998 ha permesso l'apertura di un'altra prospettiva di mediazione in campo penale e ha confermato il beneficio incontestabile che le vittime possono ottenere, anche e soprattutto, quando hanno subito un pregiudizio emozionale pesante.

I principi guida di questo esperimento sono stati sanciti dalla Legge del 22 giugno 2005.

In considerazione di questa pratica e delle numerose testimonianze di riconoscimento delle vittime, è inevitabile sentire una certa frustrazione rispetto alle riserve nei confronti dell'adozione della politica di mediazione per le vittime.

Al fine di decodificare meglio i parametri di questi approcci contrastanti, presentiamo brevemente, in primo luogo, la modalità in cui la mediazione è stata introdotta nel sistema di giustizia minorile e la sua applicazione nei procedimenti penali come misura alternativa per adulti<sup>2</sup>.

La citazione preliminare di queste due applicazioni ha lo scopo di mostrare meglio i limiti di un certo approccio della mediazione nei confronti degli interessi delle vittime.

Successivamente, il focus del nostro intervento sarà ovviamente sulle nuove disposizioni in mediazione ai sensi della legge del 2005 e le condizioni metodologiche che le hanno rese possibili.

<sup>2</sup> Una legge datata al 1994 introduce nel codice di procedura criminale la facoltà per il procuratore del Re di proporre una «mediazione penale» al colpevole per permettergli di estinguere la pena. tare l'uso del termine «mediazione» nei diversi documenti di informazione sul servizio (dépliants, locandine...) e privilegiare quello di «comunicazione».

## **2. La mediazione come giustizia educativa nella giustizia minorile**

Nella maggior parte dei Paesi europei, i principi di giustizia riparativa sono stati applicati alla giustizia minorile a partire dalla fine degli anni '80. Osserviamo l'emergere di una normativa che introduce misure che coinvolgano i giovani in un processo di riparazione. Nella maggior parte dei casi queste misure hanno assunto la forma di un servizio per la comunità o di un processo di riparazione rispetto alla vittima indicato come "mediazione". Vi era inoltre una tendenza a mettere questi due processi sullo stesso piano.

Ma anche se il termine "mediazione vittima-colpevole" era sempre più utilizzato, l'obiettivo primario della maggior parte delle esperienze non era quello di riflettere meglio sugli interessi delle vittime, ma piuttosto di trovare una risposta giudiziaria più adeguata per i giovani rei a causa delle lacune del sistema giudiziario in atto.

Così, nei Paesi in cui il sistema in vigore per i minori era considerato troppo punitivo, l'introduzione delle misure riparative e della mediazione miravano a fornire una reazione più socializzante e a ridurre le misure di custodia.

Nei Paesi in cui il sistema in vigore per i minori era considerato troppo "riabilitativo", l'introduzione della mediazione mirava principalmente a responsabilizzare prima di tutto il giovane e a fargli prendere consapevolezza delle conseguenze delle sue azioni.

Il Belgio era senza dubbio in questa posizione. Il modello di giustizia era anche descritto come "protezionistico". Secondo tale sistema, il reato è associato principalmente al fallimento educativo; la giustizia, quindi, deve garantire essenzialmente l'adozione di misure per il recupero dei giovani. Qui, non solo la vittima è più isolata rispetto al processo, ma si evita anche di fare riferimento al reato. Per citare l'atto criminale, si utilizza invece il termine "fatto qualificato come infrazione".

È in questo contesto che nel 1984 iniziarono le prime sperimentazioni delle pratiche riparatrici in Belgio, che avevano come riferimento simili esperienze condotte in Inghilterra, Stati Uniti e Canada.

Ma presto abbiamo riscontrato grande difficoltà nell'organizzare le mediazioni, nella maggior parte dei casi assegnati.

Ci siamo resi conto che, nella misura in cui intervenivamo nel tribunale minorile, avevamo a che fare con questioni più gravi (aggressioni, rapine con violenza), mentre nella maggior parte delle esperienze straniere, la mediazione era proposta dalla polizia e dal pubblico ministero per reati meno gravi.

Così, quando il reato era tale da causare un effetto traumatico sulle vittime, queste reagivano la maggior parte delle volte con rabbia e indignazione e rifiutavano l'offerta di mediazione.

Si potevano sentire reazioni del tipo: «Troppo facile chiedere scusa...», «Lo fa per apparire bravo davanti al giudice...», «È in ogni caso incapace di pagare...», «Non si rende conto del danno che mi ha fatto...», «Ditegli che se lo incontro...».

Spesso questa aggressività era rivolta anche al mediatore che osava fare una simile proposta.

In un primo momento, queste reazioni hanno messo in dubbio l'opportunità e la fattibilità della mediazione per reati gravi. Avevamo, tuttavia, la sensazione che, nonostante queste reazioni negative, le vittime esprimessero implicitamente alcune esigenze alle quali il colpevole poteva dare una risposta utile: «Non voglio sentir parlare di mediazione, ma ditegli che...».

Ci sembrava che la vittima rifiutasse abbastanza il "modello di mediazione" che le era proposto e che non teneva sufficientemente in conto i sentimenti e i bisogni reali generati dal reato. Questi sentimenti si trovavano più nel registro della rabbia, della paura, della sofferenza o della vendetta. Sentivano quindi un bisogno di far comprendere queste emozioni, o di capire meglio cosa fosse suc-

cesso, piuttosto che accettare passivamente l'approccio del colpevole.

Questa convinzione ci ha portato a rivedere il modo di progettare la mediazione in materia penale e a cercare di identificare meglio le condizioni che permettono di creare un dialogo credibile e soddisfacente tra vittima e colpevole.

In primo luogo era necessario fare una distinzione più netta tra la mediazione e la riparazione.

Era davvero necessario applicare un principio elementare della mediazione (spesso nascosto nel campo penale), che prevedesse una partecipazione effettiva ed equa di tutte le parti nella gestione delle conseguenze del reato. E occorreva abbandonare la prospettiva esclusivamente "riabilitativa e unilaterale" della riparazione e considerare che al di là del "dovere di riparazione" del giovane e della sua utilità psicologica, era anche fondamentale prendere in considerazione il "diritto di riparazione" della vittima.

Più concretamente questo significa che si fa attenzione a non rivolgersi alla vittima per sentirla accettare o meno le offerte di riparazione del giovane, ma per esplorare insieme i suoi bisogni specifici generati dal reato e capire come l'altro possa apportare una risposta utile e credibile.

Svilupperemo ulteriormente le condizioni per questo cambiamento di prospettiva nell'ultima sezione sulle nuove disposizioni della legge del 2005. Infatti, come abbiamo già detto nell'introduzione, questo pensiero nel campo della giustizia minorile è stato all'origine del *cambiamento di applicazione della mediazione in materia penale degli adulti*.

### **3. La mediazione come misura alternativa nel procedimento penale degli adulti (legge del 1994)**

Nel momento cui si iniziavano a percepire le opportunità per far uscire la mediazione dal contesto limitato di una misura educativa

per il minore, si assisteva all'introduzione di una norma di legge nel procedimento penale degli adulti che aveva dei limiti sorprendentemente simili a quelli descritti sopra.

Tale disposizione consente al procuratore di non procedere in alcuni reati in cui l'autore si impegna ad osservare una o più delle seguenti condizioni: *andare in terapia, seguire una formazione, prestare servizio alla comunità o procedere al risarcimento della vittima*. La sua portata è limitata a reati passibili con meno di due anni di carcere.

Questa legge, entrata in vigore nel 1994, è stata chiamata "Legge sulla mediazione penale". Tuttavia, fin dall'inizio, molti osservatori tra i quali il Consiglio di Stato ritenevano che l'uso del termine mediazione per definire tale legge fosse inadeguato nella misura in cui mirava prima di tutto ad organizzare le condizioni di eliminazione dell'azione penale per il colpevole piuttosto che ad aprire uno spazio reale per il dialogo accessibile allo stesso modo alla vittima. Questo tipo di mediazione era realizzata dagli assistenti giudiziari, che operano sotto l'autorità concreta del procuratore del re.

Si noti inoltre che questa forma di utilizzo della mediazione in materia penale si trova anche, con alcune sfumature, in diverse legislazioni europee. Crediamo che tale legislazione abbia contribuito per molti anni ad associare sistematicamente la mediazione alla ricerca di un'alternativa penale favorevole soprattutto all'autore; in questo caso la chiusura del procedimento ha alimentato legittime preoccupazioni per il rischio di sfruttamento della vittima.

#### **4. Le nuove disposizioni previste dalla legge del 22 giugno 2005 e il loro contributo ad una politica per le vittime**

L'oggetto principale del nostro intervento si concentra sul contributo significativo di questo nuovo sistema di mediazione.

Ricordiamo che nel 1998 il Ministero della Giustizia prende in

considerazione le decisive prospettive di esperienze di successo nel campo dei minori e dei limiti della legge del 1994 sulla mediazione penale. Esso prevede di finanziare un *progetto pilota nazionale al fine di esplorare le condizioni per una più ampia applicazione della mediazione nel processo di procedura penale del adulti e renderla possibile in qualsiasi momento nel processo, anche per i reati più gravi.*

Le associazioni “Media” e “Suggnome” sono state incaricate di sviluppare questo progetto nei rispettivi distretti giudiziari: francese e olandese.

I principi fondamentali emersi nel corso di questa sperimentazione sono stati sanciti dalla legge del 22 giugno 2005 che ha introdotto nuove disposizioni in materia di mediazione nel codice di procedura penale. Esso prevede soprattutto che chiunque abbia un interesse diretto in un procedimento giudiziario possa fare richiesta di mediazione in tutte le fasi della procedura, compresa la fase di esecuzione della pena.

Si tratta di una caratteristica specifica e fondamentale di questa legge: istituisce la mediazione come diritto (e non una misura decisa da un magistrato contro l'autore del reato) accessibile direttamente a tutte le parti coinvolte in una violazione, in un qualsiasi momento del procedimento.

Come già delineato a proposito dell'esperimento condotto con i minori, tale volontà di aprire le possibilità della mediazione alle persone coinvolte in eventi emotivamente pesanti, si basa sulla seguente affermazione: nella maggior parte dei reati che causano una precisa vittimizzazione, l'autore occupa, di fatto, un posto importante nel vissuto o nell'immaginario della vittima, tanto più quando i fatti sono gravi e traumatici. Questo può generare nelle vittime un tipo di aspettative che solo l'autore può soddisfare. Quest'ultimo può quindi essere una leva importante di ricostruzione e di pacificazione.

Sviluppiamo di seguito, in modo più dettagliato le condizioni che consentono di identificare e soddisfare tali aspettative. Si ri-

tiene che le condizioni riguardino tre livelli: concettuale, legale e metodologico.

#### 4.1. *Condizione concettuale*

Bisogna uscire dal luogo comune secondo cui la mediazione è obbligatoriamente associata ad un processo di scuse, di riconciliazione e di perdono... e considerarla piuttosto come uno spazio di comunicazione senza contenuti predefiniti<sup>3</sup>. In questo spazio, la vittima potrà più facilmente identificare i propri interessi per una mediazione e meglio comprendere in che misura l'autore possa essere una risorsa utile.

Secondo le vittime e le circostanze dei fatti, le aspettative possono cambiare ma la maggior parte rientra nelle seguenti categorie.

- Bisogno di capire meglio quello che è successo. Per alcune vittime vi sono ancora elementi di ombra e domande alle quali l'indagine e il processo non hanno risposto, al momento dell'offerta di mediazione, si rendono conto che in fin dei conti, solo l'autore è in grado di offrire una risposta soddisfacente, attraverso uno scambio comunicativo.

- Necessità di essere ascoltato e riconosciuto nella sofferenza subita, di poter esprimere le emozioni di rabbia o perfino sentimenti di vendetta. L'opportunità di esprimere questi sentimenti verso l'autore rappresenta anche un fattore di ricostruzione e di guarigione; si sa quanto il sentimento di vendetta sia distruttivo e che è difficile introdurlo nello "spirito di mediazione"; non vi è tuttavia alcun motivo per evitarlo e paradossalmente si osserva che la mediazione, in quanto spazio di comunicazione utile, può aiutare a gestire e limitare il problema.

<sup>3</sup> Paradossalmente, siamo stati costretti a limitare l'uso del termine "mediazione" nei diversi documenti di informazione sul servizio (dépliants, locandine...) e privilegiare quello di "comunicazione".

- Paura di una possibile liberazione. Si tratta di un timore ricorrente tra le vittime quando l'autore è detenuto e sta per essere rilasciato in libertà vigilata; un processo di mediazione può permettere alla vittima di negoziare direttamente con il colpevole le condizioni di rilascio più rassicuranti e aiutare a superare la paura di «incrociarlo per caso per strada...».

- Attesa di un risarcimento finanziario realistico ed efficace. Uno spazio per il dialogo in cui poter affrontare la serie di preoccupazioni di cui sopra può permettere, di conseguenza, di accettare i termini più soddisfacenti di compensazione per entrambe le parti.

Si potrebbe pensare che questa particolare attenzione alle esigenze delle vittime questa volta vada incontro al rifiuto dell'autore. Non importa. La maggior parte di loro, anche se non sperimentano necessariamente empatia nei confronti delle vittime, hanno una piena coscienza della gravità degli atti commessi. Quando si rendono disponibili ad un processo di riparazione utile e credibile per le vittime comprendono molto bene che questo è il tipo di aspettative a cui devono rispondere.

#### 4.2. *Quadro giuridico appropriato*

Abbiamo già parlato di un principio fondamentale e innovativo della legge del 2005 che istituisce la mediazione come un diritto e non come una misura discrezionale. Sintetizziamo qui altre disposizioni che contribuiscono a garantire una ampia fattibilità della mediazione e nell'interesse comune degli autori e delle vittime.

- La mediazione è concepita come spazio di comunicazione su qualsiasi questione relativa alle conseguenze del reato.

- Fa parte di un procedimento parallelo senza benefici giudiziari predefiniti per l'autore (estensione dell'azione penale, riduzione di pena...), prevedendo contemporaneamente l'introduzione di possibili accordi tra le parti.

- È considerata un'offerta di servizi, disponibile in tutte le fasi

del procedimento senza contro-indicazioni, dal momento che non pregiudica l'istruttoria o le informazioni in corso.

- Attribuisce un dovere d'informazione e di proposta ai magistrati (né ricorso discrezionale né esclusivo); lascia il posto ad altre fonti di informazione.

#### *4.3. Metodologia d'intervento appropriata*

Nella misura in cui la mediazione è concepita come diritto accessibile a tutte le parti, è necessario prendere in considerazione qualsiasi richiesta di una parte come ammissibile, indipendentemente dalla gravità dei fatti o da un eventuale sospetto dell'autore, e di lasciare alle parti la possibilità di scoprire loro stesse l'esistenza di una convergenza di interessi.

Se a causa di un a priori negativo ci rifiutiamo di valutare la richiesta dell'autore ci esponiamo a due difficoltà:

- da una parte, l'autore che si vede formalmente incoraggiato ad adottare un atteggiamento positivo nei confronti delle vittime si trova in una situazione di doppio legame: è considerato opportunist e manipolatore se intraprende una mediazione, insensibile rispetto al vissuto della vittima e non gli viene riconosciuto il diritto alla libertà condizionata se non fa nulla;

- d'altra parte, nello stesso tempo, trascura di considerare le esigenze specifiche della vittima poiché, se la posta in gioco e gli obiettivi della mediazione sono molto chiari per lei, può addirittura avere un beneficio da uno scambio con un colpevole presunto "manipolatore".

D'altronde l'eventuale rischio di manipolazione o strumentalizzazione è allontanato nel modo seguente. Quando la domanda proviene dal reo non è necessario concentrarsi sul contenuto della domanda (lettera di scuse, volontà di riprendere i contatti, volontà di risarcire...). Il ruolo del mediatore non è quello di divulgare e

ancora meno di difendere il contenuto della domanda rispetto alla vittima.

Questo vuol dire che l'autore deve metterla temporaneamente "tra parentesi" e vedere se è pronto a considerare le esigenze specifiche delle vittime.

## **5. Conclusioni**

La riflessione sulla posizione della mediazione in una politica in favore delle vittime merita di essere illustrata con esempi e testimonianze. Per questo si rinvia il lettore al sito web dell'associazione, [www.mediante.be](http://www.mediante.be) dove, alla voce "altri documenti", è possibile ascoltare due rapporti radio: quello realizzato da France Inter nel 2008 per la trasmissione "Interception", intitolato "Vittima e colpevole, il dialogo sorprendente", l'altro, diretto da France Culture nel 2011 per il programma "Sur les Docks" e dal titolo "Dialogo penale".

Integriamo comunque questa relazione con una tabella statistica dei risultati di tutte le mediazioni concluse nel 2010 dal servizio di mediazione (vedi articolo in lingua originale).





# Ascolto delle vittime: aspetti criminologici e psichiatrico forensi

di Ignazio Grattagliano\*

## 1. Cenni introduttivi di Vittimologia

La vittimologia ha come oggetto la ricostruzione della storia, delle caratteristiche personologiche della vittima, della relazione interpersonale che si instaura tra aggressore e offeso. Gli sviluppi di tale scienza affondano le radici nel XIX secolo.

Riattraversando la storia di questa disciplina possiamo capire come sia cambiata la percezione della figura della vittima (Nivoli *et al.* 2005):

- Vittima ignorata
- Vittima criminalizzata
- Vittima tutelata
- Vittima valorizzata

Il percorso della vittima ha visto una prima fase in cui la vittima non ha un ruolo e in cui l'attenzione è focalizzata sul "criminale che agisce", ignorando "la vittima che subisce" in modo inerte e passivo.

\* Ricercatore Sezione di Criminologia e Psichiatria Forense, Facoltà di Medicina e Chirurgia Università degli Studi di Bari.

Si devono al Ferri e a Garofalo le prime considerazioni sull'importanza di considerare anche il comportamento della vittima.

Nella seconda fase vi è un riconoscimento del ruolo della vittima sottolineando la sua partecipazione nell'azione in termini di responsabilità materiale o funzionale. Si parla di responsabilità materiale quando la vittima provoca l'azione del criminale; si parla di responsabilità funzionale, invece, quando la vittima non mette in atto tutte le strategie di cui è in possesso per evitare di divenire l'oggetto di reato. La terza fase vede la vittima come "protagonista" da difendere anche con retribuzioni per i danni fisici morali ed esistenziali subiti. L'ONU e il consiglio dell'UE richiedono ai paesi membri obblighi nei confronti delle vittime: risarcimenti per vittime di reati violenti, di mafia e terrorismo, assistenza alla vittima nelle varie fasi del cammino giudiziario. Infine l'ultima fase vede la vittima come partecipante attivo ai vari gradi del processo penale con la possibilità di condizionarlo. Quest'ultima rappresentazione ha il merito di aver sottolineato il ruolo dinamico della vittima in ottica preventiva e non vittimizzante. «L'attenzione posta alla vittima e al suo ruolo, più o meno attivo e passivo, è fondamentale per capire come nasce e si sviluppa l'evento criminale», spiega Guglielmo Gulotta, «Per questo nel 1948, con la pubblicazione di *The criminal and his victim* di Von Hentig, è nata la vittimologia, una disciplina che studia il delitto dalla parte della vittima».

In questo volume Von Hentig stabilisce tre tra i concetti più importanti per lo studio vittimologico:

- Concetto di criminale-vittima: per il quale non si nasce vittima o criminale, ma sono gli eventi a determinare i ruoli.
- Concetto di vittima latente: per cui ci sono alcune categorie di vittime che per fattori psicopatologici e/o sociali sono predisposte a tale ruolo.
- Concetto di rapporto vittima-aggressore: per cui è essenziale l'aspetto sistemico-relazionale tra i due. Anche questo concetto sarà ripreso.

Un altro concetto fondamentale è quello introdotto da Mendelsohn nel 1965, ovvero quanta responsabilità attribuire alla vittima all'interno dell'azione deviante.

La ricerca empirica sulla vittima può essere suddivisa a seconda dei criteri che la regolano (Cobras 2000):

- In base all'approccio metodologico utilizzato:
  - ricerche quantitative costituite da analisi statistiche dei dati e finalizzate all'individuazione di fattori fisiobiologici e sociali correlati al reato subito;
  - ricerche qualitative volte all'analisi delle dinamiche relazionali, della personalità, degli aspetti psicologici legati al crimine e delle prospettive future della vittima;
- in base al fuoco dell'attenzione:
  - ricerche dirette centrate sulla vittima;
  - ricerche indirette che considerano il crimine nel suo complesso e analizzano la vittima come parte dell'evento criminoso;
- in base alla finalità dell'indagine:
  - ricerche diagnostiche che mirano ad ottenere le caratteristiche che rendono un individuo una vittima potenziale;
  - ricerche preventive volte a evitare preventivamente il rischio di diventare vittima di reato;
  - ricerche riparative mirate a individuare i danni che il reato ha provocato alla vittima e gli effetti di un possibile intervento messo in atto per sanare tali danni.

Tali aspetti, se ben considerati, hanno una funzione di utilità per quanto concerne la *diagnosi, la prevenzione ed il trattamento del crimine* (Gulotta 1976).

Lo studio della vittimologia risponde a tre esigenze fondamentali:

- suggerire tecniche finalizzate a indurre il criminale a dare risposte che lo portino a scoprirsi;
- suggerire modalità di approccio nell'interrogatorio;

- permettere il riconoscimento della possibile successiva vittima, consentendo di agire in modo preventivo.

Gli obiettivi della vittimologia sono la prevenzione (attraverso la ricerca di particolari categorie a rischio) e la riduzione dei danni fisici e psicologici sia a breve che a lungo termine.

Può definirsi vittima “un individuo o un gruppo che senza alcuna violazione di regole convenute, viene sottoposto a sevizie, maltrattamenti o violenze di ogni genere” (Galimberti 1999).

Lo studio della vittima conduce a porsi delle domande la cui risposta oltre a dare un profilo dell’offender permetterà di orientare l’indagine.

Le domande che possono aiutarci in questo percorso possono essere le seguenti:

- Perché la vittima è stata designata come tale dall’offender?
- È stata scelta o aggredita perché disponibile? Come è stata scelta?
- Quali possibilità ha di essere stata scelta casualmente?
- In quale misura l’aggressore si è assunto i rischi nel compimento di un’aggressione su quel tipo di vittima?
- Come si è avvicinato alla vittima, come l’ha aggredita, ha usato la forza e/o mezzi per immobilizzarla?
- Come ha reagito la vittima?

Le risposte a questi quesiti permettono di fare ipotesi sull’offender e sul suo *modus operandi*, arrivando a comprendere se il criminale sia a conoscenza degli aspetti investigativi e medico-legali legati al reato.

Le informazioni sulla vita della vittima ricevute dallo studio vittimologico sono:

- caratteristiche dell’ambiente familiare di provenienza
- stato civile
- storia scolastica
- anamnesi sotto il profilo medico generale e psicopatologico
- uso di droghe e alcol

- caratteristiche della sfera relazionale e sentimentale
- abitudini sessuali
- stile di vita, abitudini, interessi
- storia occupazionale
- presenza di problemi finanziari
- ultimo impiego conosciuto e organizzazione della giornata lavorativa
- ricostruzione dettagliata degli avvenimenti precedenti l'aggressione
  - attività di routine
  - precedenti di giustizia
  - informazioni disponibili lasciate dalla vittima (diari o lettere)
  - conoscenza di precedenti minacce o di persone mal disposte nei confronti della vittima (Picozzi, Zappalà 2001).

Dobbiamo in primo luogo distinguere le vittime reali da quelle false (coloro che dichiarano falsamente di aver subito un reato). Tra le false vittime facciamo un'ulteriore distinzione tra coloro che dichiarano volutamente il falso (vittime simulatrici) e coloro che lo fanno inconsapevolmente (vittime immaginarie).

Per quanto riguarda le vittime reali invece, escludendo le vittime fortuite, cioè quelle danneggiate da eventi naturali.

La prima suddivisione vede in primo luogo due finte vittime: la simulatrice che sostiene la propria accusa per vendetta e la vittima immaginaria che non è consapevole spesso per disturbi psicopatologici e perde il senso della realtà. Inoltre vi sono le vittime che non hanno alcun tipo di rapporto con il reo (fungibili) e vittime che invece hanno un legame con l'aggressore, anche inconsapevolmente (non fungibili). Le prime si distinguono a loro volta in: vittime accidentali, sono le classiche vittime che capitano nel posto sbagliato al momento sbagliato, per esempio persone che si trovano in banca mentre avviene una rapina; le vittime indiscriminate, ovvero persone uccise o danneggiate a scopo dimostrativo.

Tra le vittime non fungibili ci sono le vittime selezionate, che

per qualche ragione sono state scelte dal reo e che non possono essere sostituite, le vittime partecipanti che entrano a far parte dell'azione del reo. Tra le vittime partecipanti possiamo distinguere le vittime per imprudenza, quelle che per mancanza di accortezza possono provocare danno a se stesse, le vittime alternative, che si propongono di propria iniziativa in un contesto problematico, le vittime provocatrici, che risultano vittimizzate a seguito di una loro aggressione (omicidio per legittima difesa) e le vittime volontarie, che diventano tali per loro scelta o consenso.

A queste già elencate possiamo aggiungere altre tipologie di vittime allo scopo di prevenire la condizione di vittimizzazione (Nivoli 2005):

- *Vittima innocente*: vittime totalmente inconsapevoli, come nel caso dell'infanticidio;
- *Vittima sacrificale*: soggetti che subiscono il ruolo di vittima perché sono convinti che debbano farlo per una sorta di volontà superiore;
- *Vittima plurigenerazionale*: il ruolo di vittima si tramanda di generazione in generazione;
- *Vittima precipitante*: la vittima compie un'azione che scatena l'evento criminale;
- *Vittima recidiva*: ripetono il ruolo di vittima;
- *Vittima intermittente*: individui con una struttura di personalità (es. disturbo bipolare) che a volte li porta a ricoprire il ruolo di vittima;
- *Vittima bloccata*: il soggetto si trova in una situazione dalla quale non riesce ad uscire; sono solitamente individui depressi a "temporalità bloccata" "helplesness" (percepiscono la loro situazione come senza aiuto), "hopelesness" (percepiscono la loro situazione come senza speranza);
- *Vittima imprudente*: incapace di valutare le situazioni pericolose;

- *Vittima consenziente*: contempla una situazione di suicidio-omicidio del consenziente (es. Romeo e Giulietta);
- *Vittima negligente*: non c'è l'analisi della situazione e la presa di precauzioni da parte del soggetto;
- *Vittima alternante*: il soggetto può essere in alternativa vittima o criminale;
- *Vittima futuro criminale*: la vittima di maltrattamenti durante l'infanzia può sviluppare l'identificazione con l'aggressore che lo porterà a mettere in atto condotte criminali;
- *Vittima per sentimento di colpa*: si rendono vittima mossi dal senso di colpa per la fortuna ottenuta dalla vita;
- *Vittima permanente*: predisposizione a essere vittima;
- *Vittima occasionale*: il soggetto può o no ricoprire il ruolo di vittima a seconda delle circostanze;
- *Vittima eroica*: la vittima viene percepita come eroe sociale (es. kamikaze);
- *Vittima da ansietà di vittimizzazione*: un soggetto vittima di reato sviluppa l'ansia che l'evento possa ripetersi e questo provoca sentimenti di insicurezza e bassa autostima che lo rendono vulnerabile a ricadere nel ruolo di vittima.

Non tutti gli individui hanno la stessa probabilità di divenire vittime: ci sono infatti soggetti che, possedendo determinati attributi, esercitano particolare attrazione nei criminali. Tali predisposizioni dividono anche le vittime in vittima "latente" e in vittima "nata". Per quanto riguarda la prima esistono predisposizioni vittimogene *innate* quali il sesso, un'infermità, una razza e predisposizioni *acquisite* – sopravvenute nel corso della vita quali ad esempio uno stato sociale –, *permanenti*, *temporanee* e *passeggere* (molto brevi e legate a particolari stadi dell'individuo). Secondo Fattah (1971) esiste una distinzione (Gulotta 2000) tra predisposizioni bio-fisiologiche, sociali e psicologiche.

La vittima nata è identificata come la vittima recidiva che per-

petua il ruolo di vittima a causa di una serie di elementi che si integrano tra loro (Nivoli 2005):

1) *masochismo manifesto*: la svalutazione di sé di un soggetto provoca la reazione aggressiva di altre persone che approfittano di questo stato;

2) *sadomasochismo*: soggetto che con il suo comportamento aggressivo provoca reazioni negative contro di sé;

3) *nichilismo depressivo*: un soggetto debole diventa vittima di ingiustizie perché non si sa imporre sugli altri;

4) *autopunitività da successo sociale*: il soggetto è afflitto dal senso di colpa per i successi ottenuti nella vita e si punisce;

5) *incapacità a tutelarsi*: “sindrome di Abele” (Ellenberg 1954);

6) *equivalente suicidario esistenziale*: soggetti che rinunciano a mettere in atto i propri progetti perdendo così la propria autenticità;

7) *equivalente suicidario fisico*: il soggetto si vittimizza con comportamenti che creano situazioni che mettono in pericolo la sua vita;

8) *culto dell'eroe in negativo*: individui che inseguono sogni di onnipotenza cercando di affermarsi come eroi, perfino in negativo quando non riescono a esserlo in positivo;

9) *reattività contro fobica*: soggetti che reagiscono a ciò che li intimorisce in modo inadeguato;

10) *ricerca di superstimolazione*: individui che hanno bisogno di stimolazioni intellettuali emotive o fisiche per raggiungere un adeguato equilibrio psichico;

11) *provocatorietà ipomaniacale*: individuo soggetto a esaltazioni dell'umore e ipomania;

12) *suggestione patologica*: soggetti facilmente manipolabili possono essere condotti a essere vittime o ad assumere condotte criminali.

Sparks nel 1982 ha proposto una serie di elementi che possono contribuire a costruire nel soggetto il ruolo di vittima:

- Elemento di precipitazione: la vittima con la propria condotta incoraggia, provoca l'aggressore.
- Elemento di facilitazione: la vittima casualmente o meno si trova in contesti a rischio (durante la notte attraversa vicoli malfamati).
- Elemento di vulnerabilità: per la sua condotta particolare o posizione sociale (persone mobbizzate sul luogo di lavoro per opinioni contrarie).
- Elemento di opportunità: in un determinato momento la vittima è la preda più "facile".
- Elemento di attrattività: la vittima possiede qualcosa che richiama l'attenzione del criminale (rappresentante di gioielli).

Oltre ad essere designato in base alle sue caratteristiche, il ruolo di vittima può essere selezionato anche in base alla relazione che intercorre tra vittima e criminale.

Tra i due attori del reato si instaurano degli schemi comportamentali che possono essere *complementari* (la vittima accetta, favorisce e a volte stimola l'evento criminoso) o *non complementari* (la vittima si oppone al criminale) e che possiamo sintetizzare nelle tabelle seguenti:

### Schemi non complementari

<p><b>Tra criminale e vittima conosciuta</b></p>	<p><i>Il criminale ha appreso degli schemi che impone alle vittime; la vittima si ribella e provoca la reazione dell'aggressore.</i></p>
<p><b>Tra criminale e vittima sconosciuta</b></p>	<p><i>I due attori dell'evento criminoso non si conoscono; in molti casi è possibile spiegare le motivazioni che hanno spinto a scegliere la vittima.</i></p>

### Schemi complementari

<b>Coppia reciprocamente maltrattata</b>	<i>Coppie a spiccato carattere masochista che continuano a stare insieme facendosi del male.</i>
<b>Coppia estorsore-estorto</b>	<i>La vittima mostra scarsa capacità di difendersi che stimola ulteriori comportamenti di prevaricazione.</i>
<b>Coppia avvelenatore-avvelenato</b>	<i>Rapporto nel quale la vittima sembra quasi essere consenziente ad essere avvelenata.</i>
<b>Coppia con alcolista violento</b>	<i>La vittima non reagisce per timore di rappresaglie o per fattori culturali. Si ripete lo schema "padre alcolista-marito alcolista".</i>
<b>Coppia prosseneta-prostituta</b>	<i>Questo legame di dipendenza a volte si sovrappone a sentimenti amorosi che la vittima prova nei confronti del prosseneta.</i>
<b>Coppia con tiranno familiare</b>	<i>Situazione familiare in cui un componente della famiglia esercita la violenza sugli altri.</i>
<b>Coppia madre e figlio tossicodipendente</b>	<i>La madre mette in atto schemi di protezione nei confronti del figlio che la portano ad essere completamente soggetta ai suoi voleri</i>
<b>Coppia genitori e figlio psicotico</b>	<i>Situazione complessa in cui i genitori mettono in atto schemi comportamentali che li rendono vittime del loro stesso operato</i>

Il rapporto tra vittima e reo diventa ancora più difficile da trattare soprattutto quando l'argomento da analizzare è il movente.

Risulta semplice comprendere che il movente, essendo il risultato di impulsi e spinte che mutano a seconda dell'intensità del rapporto tra vittima e carnefice, sia il risultato di forze che cambiano e si trasformano.

Tali teorie hanno trovato un ampio raggio di applicabilità nel momento in cui gli studiosi si sono resi conto che non si poteva indagare su un evento criminoso riducendo la complessità del processo con l'uso del solo metodo lineare di causa effetto. Ogni fenomeno omicidario analizzato non può essere ordinato, semplicemente, per azioni antecedenti e conseguenti.

Questo è il risultato di una miriade di fattori: ambientali, sociali e relazionali e come tale va visto sotto molteplici prospettive.

Alla base di tale presupposto vi è la distinzione fondamentale tra sistemi aperti e chiusi.

Il sistema *chiuso* non effettua alcuno scambio di materia o energia con il proprio ambiente, è quindi un sistema isolato.

Un sistema *aperto* implica invece continui passaggi di energia e d'informazione da un sistema ad un altro, modificandolo.

Essenzialmente la differenza consiste nel fatto che mentre nel sistema chiuso l'equilibrio è determinato dalle condizioni iniziali, senza alcun tipo di modifiche nel corso del tempo, invece nel sistema aperto queste modifiche assumono un ruolo importante comportando il raggiungimento di uno stato finale identico da condizioni iniziali diverse o viceversa si hanno risultati diversi da condizioni iniziali uguali.

Tale peculiarità dei sistemi aperti è denominata equifinalità e la si riscontra anche nella trasmissione delle informazioni e nel processo di comunicazione.

Il concepire la comunicazione non più in maniera lineare ma in maniera circolare ha aperto per la vittimologia nuove prospettive di studio.

La vittima non è più vista come mero oggetto passivo del reato, ma come partecipe più o meno attiva nell'interazione con il reo.

Secondo Bateson, noto studioso della comunicazione: «È corretto pensare a due parti dell'interazione come a due occhi che separatamente danno una visione monoculare della realtà, ma insieme e solo insieme permettono una visione binoculare» (Bateson 2000).

Altro contributo alla vittimologia ci viene dato da Watzlawick mediante i cosiddetti assiomi della comunicazione che sono "alcune proprietà semplici della comunicazione che hanno fondamentali implicazioni interpersonali" (Watzlawick *et al.* 1971).

«Ogni comunicazione implica un impegno e perciò definisce la relazione. È un altro modo per dire che una comunicazione non soltanto trasmette informazione, ma al tempo stesso impone un comportamento» (idem).

L'intensità relazionale tra la vittima e l'offensore è uno dei punti più interessanti che possiamo ricondurre al *modus operandi*.

Tra gli altri elementi essenziali possiamo ritrovare la natura, la frequenza e l'intensità relazionale tra la vittima e l'offensore, l'esistenza o meno di una pianificazione del delitto, località e tempo prescelti, grado di violenza e modalità delle reazioni della vittima, dinamica dell'azione.

La letteratura dimostra nella maggior parte dei casi una forma di collegamento tra la vittima e l'aggressore, con una gamma di situazioni tra le più svariate.

«L'interrogatorio costituisce uno dei mezzi principali di acquisizione di informazioni testimoniali e riguarda non quello che è successo, ma quello che si racconta di quello che è successo» (Rossi, Zappalà 2004: 42). La raccolta delle informazioni è una delle attività investigative fondamentali. Molteplici sono le figure che possono essere sottoposte ad un interrogatorio (testimoni, imputati, periti, esperti) e per svolgerlo nel migliore dei modi è requisito fondamentale saper porre le domande in maniera tale da raggiungere

l'obiettivo prefissato della scoperta della verità. Il processo comunicativo coinvolge sia colui che pone le domande sia colui che a questi interrogativi deve rispondere: infatti elementi come lo stato psicologico dell'interrogato e la capacità di chi interroga di capirlo e farvi fronte influenzano la raccolta di informazioni. Esempio di questa influenza possono essere quei casi in cui la presenza di una persona autoritaria può indurre uno stato emotivo di paura o di indisponibilità che può mutare, in positivo o in negativo, l'esito dell'interrogatorio. L'interrogatorio non può essere improvvisato: è un processo complesso con le sue particolarità e le sue tecniche e, per rivelare la sua efficacia, deve sottostare a delle regole specifiche.

Per quanto riguarda le tecniche dell'interrogatorio ne riscontriamo due (*ibid.*):

- 1) Test della domanda di controllo (control question test).
- 2) Test della conoscenza del colpevole (guilty knowledge technique).

La prima è la tecnica impiegata nell'interrogatorio di Polizia e consiste nel porre domande legate agli eventi oggetto d'indagine e domande di controllo per verificarne la veridicità.

La guilty knowledge technique mira a ridurre l'“errore di Otello” (in cui si incorre quando un innocente non è creduto); per la sua utilizzazione è necessaria la conoscenza, da parte di chi effettua l'interrogatorio, di elementi specifici noti solo al colpevole.

## **2. Esame e controesame (cross-examination)**

«Una delle strategie di interrogatorio è la cross-examination: tale tecnica pone la sua attenzione non sui fatti così come sono accaduti, ma su ciò che dei fatti viene detto» (Gulotta 2000).

La cross-examination è costituita dalle domande che vengono poste alle persone interrogate e dalle risposte che esse forniscono e dalle ulteriori domande conseguenti alle risposte. Bisogna ricor-

dare, a questo proposito, che l'interrogatorio non è una fase semplice che si conclude in breve tempo: al contrario, durante ogni processo penale, il testimone viene esaminato diverse volte e da diversi professionisti.

Nelle fasi iniziali dell'interrogatorio è importante preparare psicologicamente l'interrogando evidenziando la sua posizione come quella di un collaboratore che aiuta l'investigatore e la giustizia nell'accertamento della verità. Non deve sentirsi considerato subito un colpevole, poiché questo attiverà tutte le sue difese, le chiusure. Successivamente si può procedere all'esame vero e proprio.

Sono quattro gli esami a cui un imputato può essere sottoposto (De Cataldo, Neuburger 2000):

- 1) Esame diretto
- 2) Controesame
- 3) Riesame
- 4) Interrogatorio da parte del giudice

Nella fase dell'esame diretto l'interrogato deve rispondere alle domande poste dalla figura, pm o difensore, che lo ha chiamato a testimoniare; nel controesame invece le domande a cui dare una risposta sono poste dalla controparte; a questa segue la fase del riesame in cui il testimone viene interrogato, per eventuali chiarimenti conclusivi, da chi lo aveva citato (Gulotta 2000).

La differenza delle fasi rispecchia anche una differenza di finalità.

Se l'esame diretto ha lo scopo di influenzare i giudici a proprio favore, il controesame ha lo scopo di smontare quanto emerso dall'esame diretto affermando l'inesattezza dei fatti emersi o screditando la credibilità dell'interrogato: lo scopo del riesame è invece quello di chiarire o rettificare quanto emerso nel controesame.

Il clima che fa da sfondo alla cross-examination è molto importante in quanto può influire sulla disponibilità collaborativa dell'interrogato; a mio parere, è opportuno infatti che si lavori per

creare un clima sereno che metta a suo agio l'interrogato e favorisca le buone sorti dell'interrogatorio.

L'interrogato deve sentirsi libero di esprimere dubbi, perplessità, paure, mancanza di fiducia o imbarazzo durante l'interrogatorio poiché, solo in questo modo, potrà sentirsi ascoltato e accolto permettendo la costruzione di quel clima che garantirà l'emergere della verità.

Nel corso di un interrogatorio capita spesso che si debbano porre domande su argomenti delicati, a volte anche molto problematici: è necessario pertanto che queste domande vengano poste dopo aver costruito un rapporto di fiducia, ma è comunque consigliabile che vengano svolte nell'esame diretto, per evitare che possano essere rivolte al soggetto nella fase di controesame, mettendo in discussione la sua credibilità e provocando effetti peggiori.

Nel corso dell'interrogatorio è consigliabile mettere a conoscenza l'interrogato del fatto che molti degli eventi che lui racconterà sono già noti a colui che interroga: questa strategia ha il fine di evitare che l'imputato possa omettere dettagli o tralasciare il racconto di eventi.

Inoltre sarà utile stimolare l'interrogato con domande ricche di particolari per facilitare il ricordo e dirgli che le domande sono poste per ricercare la verità e non per invadere la sua sfera privata (Rossi, Zappalà 2004).

Come abbiamo già detto in precedenza il fine è raccogliere più informazioni possibili ma non sempre ciò è semplice poiché l'emotività o la mancanza di un lessico adeguato possono influire sull'esito dell'interrogatorio; compito di chi esamina è attuare strategie che minimizzino gli effetti negativi di questi componenti rendendo l'interrogatorio più proficuo possibile.

Alcune di queste strategie sono: il silenzio, la ripetizione speculare di una frase, i rinforzi selettivi, il riassunto, la riflessione (che consiste nel fare osservazioni di carattere generale congrue con quanto dice l'interrogato), l'elaborazione (che trattiene l'interro-

gato su un argomento permettendogli di fare collegamenti) e la chiarificazione (cioè la richiesta di ulteriori informazioni), la spiegazione e l'interpretazione (che servono a dare un significato a quanto detto dall'interrogato e a verificarne la corrispondenza con il suo punto di vista) (Rossi, Zappalà 2004: 51).

La cross-examination richiede una adeguata pianificazione che consente di prevedere le risposte dell'interrogato per potervi far fronte in maniera idonea.

Tale pianificazione è eseguita con un diagramma di flusso che considera le varie risposte possibili alle domande e il conseguente procedere dell'esame verso tutte le direzioni che possono scaturire da ogni singola risposta.

«Lo schema è quello del “se allora” in cui l'antecedente è la premessa derivante dalla precedente risposta ed il conseguente è l'inferenza plausibile con differenti gradi di certezza e di probabilità.» (Gulotta 2000).

Fra le regole da seguire, la prima è avere una conoscenza preliminare del soggetto da interrogare al fine di individuare il sistema di indagine o il metodo di interrogatorio più idonei da adoperare. Per ottenere questa conoscenza è sufficiente iniziare la conversazione chiedendo notizie in generale sulla sua vita (sugli studi, sulla famiglia, sul lavoro, sulle amicizie, ecc.). Tali informazioni, anche se possono sembrare futili, costituiscono, a mio parere, un terreno fertile su cui costruire una relazione stabile che, come abbiamo visto, è la base di un interrogatorio fruttuoso.

La seconda regola da tener presente è di non avere fretta. Chi interroga deve essere sereno, non deve mai mostrarsi insofferente o perdere il controllo, anche di fronte alla menzogna più spudorata e alla reticenza più ostinata; deve lasciare intendere di avere a disposizione tutto il tempo facendo comprendere all'interrogato che temporeggiare non è una strategia utile in quanto non è prevista una scadenza per l'interrogatorio. A questo proposito è importante ricordare che un interrogatorio estenuante altera le funzioni men-

tali fino a procurare la sindrome da stress che porta il soggetto ad uno stato di alta suggestionabilità che può indurlo a ritenere vero ciò che gli suggerisce chi lo interroga, portandolo a una falsa confessione (Cairati 1987). Il clima che può più produttivamente condurre alla verità è il clima di riflessione; quanto più l'investigatore riesce ad instaurare questo clima, meglio sarà per l'esito dell'interrogatorio. Ai fini giuridici infatti non sono attendibili le confessioni ottenute dopo periodi di isolamento, di paura, di ansietà, sotto gli stimoli della fame, dopo insonnia protratta, in fase d'ira, di angoscia o di dolore in quanto queste sono tutte condizioni che compromettono le funzioni mentali a vantaggio delle suggestioni emotive provocando la confessione di qualsiasi cosa venga chiesta al soggetto di ammettere.

Una terza regola che l'interrogante deve tener presente è che deve verbalizzare tutte le dichiarazioni che gli vengono rese e tenere presente che se sono contraddittorie possono essere l'appiglio al quale ci si potrà aggrappare nel controesame per mettere in difficoltà il soggetto (Gulotta 2000). Quindi è meglio colloquiare con calma, con serenità, ragionando e riflettendo. È necessario ricordarsi che la "vessazione" del soggetto interrogato, l'agire con aggressività o violenza, tale da intimidirlo, deve essere bandito, sia perché è vietato dalla legge sia perché è improduttivo e controproducente. Ai sensi dell'art. 188 del C.P.P., infatti, (sulla «libertà morale della persona nell'assunzione della prova») «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti», come ad esempio i cosiddetti tranelli psicologici.

I tranelli psicologici espongono il soggetto al pieno controllo di chi lo interroga e questo la legge non lo permette. Di questi tranelli psicologici (ripetiamo: illeciti) ne ricordiamo alcuni (Cairati 1987):

1) *esagerare o minimizzare la gravità*: suggestionare il soggetto

sulla presunta gravità di un reato di poco conto, intimorendolo, o al contrario banalizzarlo un grave reato come se fosse una cosa da poco, illudendolo sul fatto che non sarà punito, o assicurandolo;

2) *suggerire una motivazione positiva*: come ad esempio che la vittima si è provocata da sola quanto le è successo;

3) *solidarizzare con l'accusato*: chiunque al posto suo avrebbe fatto quello che lui ha fatto;

4) *richiamare la sua attenzione* su inesistenti tremori, sospiri, fremiti, carenze di salivazione, pallori, rossori, come prova della sua colpevolezza;

5) *knowledge bluff*: chi interroga comunica dettagli con il finto atteggiamento di saperne molto di più, facendo credere all'interrogato di avere delle notizie da altre fonti;

6) *fixed line-up*: indicazione del sospettato come colpevole da parte di finti testimoni;

7) *reverse line-up*: l'interrogato viene falsamente accusato da parte di simulati testimoni di un reato molto più grave di quello di cui è sospettato;

8) *bluff on a split pair*: mettere in mano all'indagato una finta confessione dattiloscritta del complice, che lo accusa della responsabilità del reato commesso;

9) *dilemma del prigioniero*: se gli imputati sono due, metterli uno contro l'altro, facendo credere a ciascuno che l'altro ha confessato, accusandolo di correttezza, e sfruttando quindi la reciproca mancanza di fiducia.

Inoltre c'è da rilevare l'importanza dell'ambiente. L'interrogatorio deve avvenire in un locale con minimo mobilio, a finestre chiuse, senza arredamenti appariscenti o apparecchiature, senza telefoni che squillano o porte che improvvisamente si aprono e che possono intimorire o influenzare l'interrogato in momenti psicologicamente favorevoli. L'ambiente quindi non deve fornire stimoli, appigli, suggestioni, fantasie, o distrazioni.

«Per quanto riguarda le domande, invece, è opportuno tener

presente che spesso non sono semplici interrogativi, ma si riferiscono a fatti basati su assunzioni che comprendono presunzioni e presupposti.

Le presunzioni si basano sul fatto che nel momento in cui poniamo una domanda non siamo a conoscenza della risposta ma vogliamo acquisirla con l'interrogatorio, essendo convinti dei presupposti della nostra domanda.

I presupposti sono le premesse vere e false della domanda: ci si riferisce con più precisione alle ipotesi che non sono ancora state dimostrate» (Gulotta 2000).

Inoltre le domande hanno una valenza semantica e una sintattica: la prima riguarda il significato delle parole; la seconda la relazione delle parole all'interno della frase e la tonalità della voce. Questi fattori sono in grado di influenzare le risposte del colloquio (Gulotta 2000). Ai fini dell'oggettività devono essere preferite le domande indeterminate, senza indicazioni dell'oggetto che si vuol conoscere (ad esempio: chiedere «cosa ha fatto ieri pomeriggio?»), rispetto alle domande determinate con indicazione dell'oggetto che si vuol sapere (come ad esempio: «è andato a trovare il sig. Rossi?»), perché agevolano i ricordi spontanei e non attivano le suggestioni, le illusioni o i falsi ricordi. Devono essere preferite quindi le domande indirette («chi ha visto?») rispetto alle domande dirette («ha visto il sig. Bianchi?») perché possono suggestionare e non stimolare i ricordi in modo genuino. Devono essere quindi bandite tutte le domande a cui si può rispondere solo con un sì o con un no e le domande in forma negativa in quanto difficili da comprendere (Cairati 1987).

In breve possiamo dire che le domande poste, da trascrivere integralmente sui verbali, devono essere brevi, chiare, precise, facilmente comprensibili ed adeguate alle capacità intellettuali, culturali e sociali del soggetto interrogato. Fin dalle prime risposte dell'interrogato occorre formarsi rapidamente un'idea sul carattere psicologico del soggetto, per poi toccarlo con appropriate e mirate

domande nei suoi punti deboli (come le sue vanità, le idee di persecuzione, i torti subiti, gli scatti nervosi, ecc.) attraverso cui incrinare le difese psicologiche più labili e fragili (per indurlo a “crollare”), oppure seguendo attentamente le manifestazioni esteriori non verbali (mimica, pallore, rossore, tremori, ...) che seguono alle domande ed ai quesiti.

Il primo passo di un interrogatorio è invitare il soggetto ad esporre liberamente ciò di cui è a conoscenza circa l'accaduto, al fine di avere una deposizione priva di condizionamenti che possono derivare da domande e suggestioni. Le domande serviranno in seguito per chiarire gli eventi lacunosi o per una migliore precisione della narrazione degli eventi.

Svolgere un interrogatorio quindi richiede, a mio parere, l'abilità di adattarsi a quanto emerge, buone capacità intuitive, un discreto bagaglio di esperienza personale, e buone capacità di osservazione per notare e decifrare la comunicazione non verbale degli interrogati, come ad esempio le reazioni insolite in chi non è direttamente coinvolto oppure l'ostentata indifferenza e tranquillità in chi è direttamente coinvolto. Queste valutazioni soggettive torneranno utili per valutare gli elementi che si presenteranno nel corso dell'indagine.

Circa le dichiarazioni dell'interrogato possiamo affermare che sono attendibili quando:

- 1) sono state date spontaneamente;
- 2) riguardano fatti o cose su cui l'interrogato non ha alcun interesse personale;
- 3) entrano in correlazione con fatti già noti;
- 4) concordano con altre deposizioni.

L'interrogatorio è quindi definibile, a questo punto, come un globale processo di valutazione di un sospetto, di una vittima, o di un testimone, attraverso la formulazione di opportune (e mirate) domande, con lo scopo di trarre informazioni o correlare evidenze

che possono essere utilizzate per l'identificazione dell'autore di un reato.

L'interrogatorio (Picozzi, Zappalà 2002) è un atto investigativo che risponde alle necessità di:

- 1) ottenere ammissioni o confessioni;
- 2) ottenere informazioni su un crimine;
- 3) scoprire l'identità dell'autore;
- 4) scoprire i precedenti criminali del soggetto;
- 5) provare o avvalorare i dettagli sul reato commesso.

### 3. L'intervista cognitiva

Fra le tante tecniche proposte si può affermare che una delle modalità più oggettive per effettuare l'interrogatorio è l'"intervista cognitiva". Tale processo permette di utilizzare strategie di recupero guidato della memoria episodica, cioè quella parte della memoria a lungo termine che gestisce la conoscenza biografico-temporale dell'individuo, organizzata in episodi specifici, sotto forma di storie (Cutica 2000). L'intervista cognitiva nasce e si sviluppa in Inghilterra nei primi anni Ottanta da Geiselman e Fisher come alternativa agli interrogatori standard della Polizia.

L'IC rende il ricordo accessibile attraverso quattro passaggi (Fisher *et al.* 1989):

- 1) ricreare il contesto: deve rievocare nel modo più accurato possibile il contesto concomitante all'evento, inclusi gli stati interni (sensazioni, emozioni, reazioni all'evento e pensieri);
- 2) riportare ogni cosa: è incoraggiato a riferire tutto ciò che riesce a ricordare;
- 3) ricordare gli eventi in ordine diverso: gli si chiede di raccontare gli eventi in più di un ordine sequenziale, gli può essere chiesto di raccontarli dalla fine al principio o da metà in poi o all'inverso;
- 4) cambiare prospettiva: gli si chiede di raccontare i fatti da

punti di vista differenti per facilitare il recupero di informazioni, in quanto generalmente si tende a ricordare solo gli eventi che ci hanno riguardato in prima persona.

Chi intervista ha un importantissimo compito: mettere in gioco le sue abilità comunicative costruendo una relazione sociale nella quale portare le sue conoscenze, finalità e aspettative, inoltre egli deve evitare fonti di distrazione e garantire un ambiente rilassato rassicurando l'intervistato; chi è interrogato invece regola modalità e tempi della relazione. L'approccio cognitivo è diverso da ogni altra forma di interrogatorio in quanto utilizza i principi e le teorie della psicologia cognitiva, riducendo al minimo la soggettività (Rossi, Zappalà 2004).

L'intervista cognitiva prevede una sequenza prestabilita di attività che devono essere svolte in successione (Cutica 2000):

1) *presentazione*: è la fase in cui l'intervistatore, presentandosi, accoglie il teste nella stanza e cerca di stabilire un rapporto di fiducia e gli spiega i processi mnemonici da utilizzare nel corso dell'intervista;

2) *racconto libero*: è la fase in cui le domande aperte permettono all'intervistato di raccontare la propria versione dei fatti;

3) *tecniche di recupero guidato*: è la fase in cui l'intervistatore presenta le tecniche di recupero guidato e addestra l'intervistato a queste tecniche invitandolo a utilizzarle;

4) *domande specifiche*: è la fase in cui l'intervistatore valuta le rappresentazioni mentali del soggetto con l'ausilio di domande aperte o chiuse;

5) *revisione*: è la fase di riassunto e riproposizione del racconto per verificare di aver compreso tutto in modo corretto.

L'investigatore incaricato delle indagini è il primo che vede l'indagato e abbiamo già visto come sia importante, nella prima fase di un interrogatorio, riuscire a stabilire un contatto psicologico con il sospettato. Questo eviterà il mutismo assoluto anche di fronte a domande semplici. L'investigatore deve mirare a conquistare la fi-

ducia dell'indagato (pur ritenendolo autore del reato) spiegandogli i vantaggi di un atteggiamento collaborativo, come la riduzione delle conseguenze negative della sua condotta delittuosa.

A questo punto possiamo affermare in via definitiva che per interrogare è necessario conoscere non solo i dettagli dell'indagine, ma anche quelli dell'indagato. Questo permette non solo di porre le giuste domande, di valutare la veridicità delle risposte e di evitare di fornire notizie utili per la sua difesa, ma anche di sapere su chi e come è possibile fare leva per ridurre il conflitto e indurlo alla collaborazione. Gli investigatori che non conoscono il caso, non devono quindi parlare con l'indagato.

L'esperienza dimostra che gli strumenti di convincimento alla collaborazione sono molto utili nel caso di persone alla loro prima esperienza criminale. Al contrario, solo di fronte a prove evidenti è possibile un'ammissione di responsabilità da parte dei criminali abituali. Tuttavia questi ultimi sono molto sensibili a discorsi su benefici o garanzie in cambio della loro collaborazione.

#### **4. L'ascolto del minore vittima**

L'ascolto del minore è un argomento dibattuto e studiato a livello nazionale ed internazionale con una certa enfasi da circa dieci anni. Questo grazie ai cambiamenti cui abbiamo assistito sia nell'ambito della psicologia, che nel tempo è andata arricchendosi, sia nell'ambito della giurisprudenza, che si è focalizzata sul diritto del minore ad essere informato, a farsi una propria opinione e a poterla esprimere, valorizzando la personalità e permettendone la crescita senza che si senta spettatore passivo, bensì attivo e partecipante, in un confronto con l'adulto considerato quale figura con cui interloquire (De Pascale 2009).

In molti procedimenti (sia civili che penali) il minore è sostanzialmente il protagonista della vicenda giudiziaria, nonché il destinatario principale delle decisioni da assumere. Nonostante ciò,

raramente la sua posizione nel processo è vista come posizione autonomamente rilevante, quanto piuttosto come mero riflesso delle posizioni degli adulti coinvolti nelle vicende ed unici protagonisti. La Convenzione Internazionale di New York del 1989 e la Convenzione di Strasburgo del 1996 hanno voluto espressamente riconoscere il diritto del minore ad essere ascoltato nei procedimenti il cui esito può incidere sulla sua vita e sul suo processo di sviluppo (Sergio 1999), risultando l'audizione del minore non come momento meramente formale del procedimento giudiziario, ma come provvedimento che sostanzia una nuova prospettiva del fanciullo. Per la prima volta il minore viene considerato come "persona" e la sua capacità di determinarsi, il suo punto di vista, la sua autonomia, rivelati attraverso le proprie capacità e potenzialità espressive, vengono presi in ampia considerazione (Cassano, Quarta 2002): il bambino avrà modo di esprimersi in merito a qualcosa che egli vive e che lo riguarda direttamente.

Tuttavia l'ascolto del minore nelle procedure giudiziarie risulta condizionato dal grado di sviluppo del fanciullo stesso (Scardacione, 2003): il minore deve essere capace di discernimento, ossia la semplice attitudine a conoscere ciò che accade al di fuori di sé, di comprendere ciò che è utile per sé e di operare scelte autonome senza subire condizionamenti da altri soggetti, capacità che alcuni ritengono formarsi tra i 14 e 16 anni (Dell'Antonio, 1990; Cassano, Quarta, 2002). Di conseguenza, l'ascolto del minore non va confuso con un colloquio clinico, né con un esame psicologico, ma rappresenta piuttosto l'occasione per un soggetto di esprimere le proprie opinioni, punti di vista e desideri davanti al giudice che dovrà decidere nel suo interesse e per la sua vita (Sergio 1999).

Primario compito degli organi preposti all'ascolto del minore consiste nell'individuare precocemente eventuali segnali di loro patimento, in modo da poter indirizzare tutti coloro che si interessano ai problemi connessi con l'infanzia a sviluppare una condivisione di casi difficili fornendo in tal modo vicinanza emotiva alle loro dif-

ficoltà. Per fermare la spirale dei maltrattamenti e delle violenze è necessario coltivare una maggiore capacità di ascolto verso la sofferenza emotiva che può essere originata sia dalla mancanza di attenzione e di affetto, sia dal disagio familiare (Ammaniti 2001): «l'ascolto del bambino passa trasversalmente attraverso le varie forme di disagio familiare, anche le più gravi, delle quali il bambino diventa "il portatore sano"» (De Pascale 2009: 37).

Sarebbe opportuno che l'audizione del minore, sin dalle fasi preliminari, avvenisse da parte di specialisti formati adeguatamente, a meno che il giudice sia in possesso di una collaudata esperienza in questo campo specifico e che, soprattutto, si senta anche emotivamente in grado di praticarla (Casentini 1999); l'incaricato dell'ascolto del minore deve possedere una stabilità emotiva, capace di controllare le emozioni e gli impulsi anche in situazioni di disagio, con apertura mentale verso esperienze professionali diverse (Fornari 2008). Inoltre, sarebbe opportuno stabilire se l'intervistatore dovrà essere un uomo o una donna, per evitare un totale rifiuto da parte del minore a confrontarsi con una persona dello stesso sesso (Lupo, Carillo, Grattagliano, in press). Altresì, sarebbe importante che l'audizione avvenga in un luogo in cui il minore si senta protetto; bisogna essere in grado di ascoltare e riconoscere anche i segnali non verbali, adoperando un approccio informale basato sull'empatia, in un clima di confidenza e di rispetto reciproco, permettendo riflessioni e l'espressione dell'emotività (Grimaldi 1986; Gulotta 2002; Lupo, Carillo, Grattagliano, in press). Inoltre, è fondamentale la scelta del metodo con il quale effettuare il colloquio, influenzato dalle caratteristiche di ogni singolo minore e variabile da un caso all'altro a seconda dell'età, del livello intellettuale e di tutti gli altri dati della sua personalità (Rocchia, Foti 1994).

L'ascolto del minore va oltre la ricostruzione dei fatti, raccoglie anche e soprattutto aspetti emotivi, seppur spesso mascherati attraverso meccanismi di difesa. Nel racconto di sé e della sua fami-

glia il bambino è un “fotografo” che riprende la realtà così come la vede, proiettando la sua percezione e il suo vissuto. Il risultato di questa operazione è la sua verità, non elaborata e più grezza rispetto a quella degli adulti (De Pascale 2009).

L’ascolto di un minore richiede quindi un contesto adatto, altrimenti risulta un mero sentire: chi ascolta deve conoscere e mettere in atto gli “alfabeti” del minore, ossia le regole che gestiscono la relazione con il minore (perché senza relazione non c’è ascolto) e il controllo delle emozioni che entrano in gioco nell’incontro. Per “alfabeto della relazione” (Turri 1998) si intende le massime elementari e le tecniche di base della comunicazione: il bambino deve essere informato in precedenza dell’incontro e delle condizioni del suo svolgimento, deve sapere che sarà ascoltato da un signore che fa il giudice, o dal perito o da qualsiasi altro professionista chiamato ad intervenire; che il giudice è un personaggio importante che prenderà delle decisioni che influiranno sulla sua vita; come avverrà l’audizione; che potrà parlare al giudice di ciò che gli interessa, ecc.; è importante creare un setting normale, utilizzando una stanza allegra, colorata, con giochi, dove ci si siede comodamente. Un ascolto a due è assolutamente preferibile affinché il bambino si trovi in condizione di parlare. Bisogna presentarsi al bambino, spiegando le ragioni dell’incontro. Si deve essere sinceri con il bambino, non lo si deve ingannare mantenendo il segreto sull’oggetto del giudizio o dicendogli delle frasi non vere come «Dillo pure a me. Rimarrà tra di noi». È necessario adeguare il proprio linguaggio all’età del bambino (evitando tecnicismi) e guardarsi dal rischio di una manipolazione dell’ascolto, non tentare di far dire al bambino quanto può confermare ciò che già il giudice crede o vuole o desidera. Alla fine si può spiegare al bambino il significato che ha avuto quell’incontro e, per quanto possibile, la natura e il contenuto delle decisioni che potranno riguardarlo.

Aspetto fondamentale nell’audizione del minore è percepire la sua attendibilità. Nell’esperienza affrontata è emerso che la testi-

monianza del minore è spesso dubbia, di intricata lettura; pertanto la letteratura psicologica e psichiatrica è stata concorde, fin dall'inizio, nell'attribuire alla stessa un valore da falsificare per la presenza nei soggetti di elementi negativi come l'incapacità o difficoltà a separare il soggettivo dall'oggettivo, e al contrario positivi di tipo immaturativo, come l'ideazione magica, la facile suggestionabilità, (Fornari, Fagiani, 1978): «il bambino è in via di principio un testimone inattendibile in quanto il suo racconto può essere inquinato da fantasie o influenzato dagli adulti» (De Pascale 2009: 35).

Sono importanti quindi (De Pascale 2009; Lupo, Carillo, Gratagliano, in press):

- 1) l'approccio, di familiarizzazione;
- 2) il dialogo libero, sotto forma di conversazione su temi neutri;
- 3) l'inserimento di giochi, al fine di allentare le difese del bambino, sia come valvola di sfogo che come occasione per valutare il minore nei suoi atteggiamenti più significativi, permettendo il passaggio, a sua scelta, dai piani fantastici ai piani reali, controllando la situazione che lui stesso sta creando, con l'opportunità di negarla, laddove essa diventi troppo ansiogena (Winnicott 1975), ed anche per facilitare la prosecuzione del dialogo libero;
- 4) le domande di transizione verso il tema centrale, cercando di portare l'attenzione del bambino sul proprio corpo e sull'ambiente che lo circonda, ma lasciandolo libero di seguire le sue catene associative;
- 5) le domande di avvicinamento al punto nodale (es. «È più bello giocare con i tuoi amichetti, oppure con i grandi?», «Ci sono dei giochi che ti piacciono di più?», «Ci sono dei giochi brutti?»).

Altresì, è importante svolgere una completa indagine psicodiagnostica al fine di mettere a fuoco il profilo di personalità del minore, con particolare riferimento sia alle sue capacità mnemoniche e di rievocazione dei propri vissuti, sia ad eventuali patologie psi-

chiatriche ricollegabili a fatti abusanti o di possibile interferenza nell'ambito della testimonianza.

Così facendo i minori saranno educati al dialogo, ad esprimere i loro disagi, grandi o piccoli che siano, avendo voce su vicende relative a reati commessi nei loro confronti (Basentini 2001).

Tuttavia, in Italia c'è un atteggiamento protezionistico nei riguardi del minore. Si registrano resistenze dell'ordinamento ad accettare l'idea che il minore sia un soggetto in grado di operare scelte autonome e responsabili in relazione alla sua capacità di discernimento (Cassano, Quarta 2002). Per tale ragione si lamenta da più parti che i nostri giudici siano propensi piuttosto a negare tale ascolto, rappresentando esso una mera facoltà, con tendenza generale dei Tribunali italiani ad escludere a priori la possibilità stessa dell'audizione, inficiando il diritto internazionale di dar voce ed ascolto alle opinioni dei minori (Dell'Antonio 1997).

## Bibliografia

- Ammaniti M. (a cura di) (2001), *Manuale di psicopatologia dell'infanzia*, Milano: Raffaello Cortina.
- Basentini A. (2001), *Vite spezzate. L'abuso sessuale nella Regione Basilicata*, Potenza.
- Bateson G. (1999), *Verso un'ecologia della mente*, Milano: Adelphi.
- Cairati L. (1987), *Confessione spontanea, confessione indotta e auto-justificazioni*; in Gulotta G. (a cura di) (1987), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano: Giuffrè Editore,
- Casentini A. (1999), *Le possibili risposte di aiuto al minore che vive in una famiglia a rischio o patologica*, in *Minorigiustizia*, n.1, Milano.
- Cassano G., Quarta R. (2002), *La tutela del minore nelle recenti Convenzioni internazionali*, in *Famiglia e Diritto*, pp. 205-211.
- Cobras C., *Vittimologia e metodi di ricerca* in Gulotta G. (2000). *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano: Giuffrè Editore,
- Cutica I. (2000), *L'intervista cognitiva*, in Gulotta G. (a cura di) (2000). *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*. Milano: Giuffrè Editore, pp. 534-542.
- De Cataldo Neuburger L. (2000), *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Padova: Cedam Editore.
- De Pascale I. (2009), *L'ascolto del minore in sede civile*, in *Psicopuglia*, n. 10, luglio, pp. 34-40.
- Dell'Antonio A. (1990), *Ascoltare il minore*, Milano.
- Dell'Antonio A. (1997), *La Convenzione sui diritti del fanciullo: lo stato di sua attuazione in Italia*, in *Dir. Fam. E Pers.*, pp. 246-255.
- Fisher R., Geiselman R.E., Raymond D., Jurkevitch L., Warhafting M. (1987), *Enhancing enhanced eyewitnesses memory: refining the*

- cognitive interview*, in *Journal of Police Science and Administration*, 15, pp. 291-296.
- Fornari U. (2008), *Trattato di psichiatria forense*, Torino: UTET.
- Fornari U., Fagiani M.B. (1978), *Aspetti clinici e psicometrici dello studio della testimonianza nella minore età*, in *Annali di feniatria e scienze affini*, vol. 91, n. 3, pp. 213-232.
- Galimberti U., *Psicologia*, Garzanti, Milano 1999.
- Gulotta G. (1976), *La vittima*, Milano: Giuffrè Editore.
- Gulotta G. (2000), *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano: Giuffrè Editore.
- Lupo M., Carillo B., Grattagliano I. (in press), *Dall'ascolto del fanciullo nelle convenzioni internazionali, all'audizione del minore nei tribunali italiani*.
- Nivoli G.C., Loretto L., Milia P., Nivoli A., Nivoli L.F., *Vittimologia*, in Volterra V. (2005), *Psichiatria forense Criminologia ed etica psichiatrica*, Milano: Masson. 2005
- Picozzi M., Zappalà A. (2002), *Criminal profiling. Dall'analisi della scena del delitto al profilo psicologico del criminale*, Milano: Mc Graw-Hill.
- Roccia C., Foti C. (1994). *L'abuso sessuale sui minori. Educazione sessuale, prevenzione e trattamento*, Milano: Unicopli.
- Rossi L., Zappalà A. (2004), *Che cos'è la psicologia investigativa*, Roma: Carocci Editore.
- Sergio G. (1999), *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Famiglia e Diritto*, pp. 590-600.
- Turri G. (1998), *L'audizione nel processo penale del minore indagato*, in *Minorigiustizia*, n. 4, pp. 38-54.
- Watzlawick, P., Beavin, J.H., Jackson, D.D. (1971), *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma: Astrolabio.
- Winnicott D.W. (1975), *Dalla pediatria alla psicoanalisi*, Firenze: Psico.



Finito di stampare: dicembre 2011