

Mediazione - omologata dall'Autorità giurisdizionale - con gli offesi e con gli enti rappresentativi di interessi diffusi

SOMMARIO: 1. La mediazione – omologata – con le persone offese e con gli enti rappresentativi di interessi diffusi; 2. Le possibili tecniche mediative anche in relazione ai reati non bagatellari

1. La mediazione penale è oggi confinata in uno spazio in cui lo Stato rinuncia ad affermare la propria pretesa punitiva per consentire alla sola persona offesa – soprattutto in relazione a reati bagatellari - di dichiararsi o meno soddisfatta.

Ci si chiede, invece, se la mediazione ovvero la giustizia riparativa possa diventare tendenzialmente alternativa a quella “retributiva” nel senso che, al di là della spesso oleografica conciliazione – in particolare per reati bagatellari - con la persona offesa, specie se persona fisica, sia possibile sostituire alla filosofia della “retribuzione” basata su una valutazione obiettiva del disvalore di un fatto, la filosofia della riparazione che come tale non presupponga l'accertamento del fatto, non tenga conto di un parametro rigido e formale di sindacato della violazione di un bene giuridico e di reazione ad essa, ma incentri tutto su un ripristino patteggiato e, come si dirà, eventualmente “creativo” dell'ordine violato. Se così fosse la mediazione o, recte, la giustizia riparativa potrebbe estendersi anche ai reati più gravi.

Sia chiaro che se non si punta sulla sola conciliazione con la persona offesa e si sposta l'attenzione sulla multiforme riparazione, si può coniugare questo cambio di filosofia con altre direzioni che sta imboccando la politica penale e che evidenziano come, in fondo, esistano punti di contatto tra l'eventuale sistema di nuova risposta al crimine ed il tradizionale metodo liberale di reazione al delitto.

Le nuove direzioni della politica penale, che non inficiano l'idea “retributiva”, con le quali si può saldare il *revirement* in materia di risposta al crimine di tipo riparativo sembrano, tra le altre, le seguenti.

Su un primo versante, si assiste ad una maggiore flessibilità dell'idea astratta di legge penale – anche nell'ottica della giurisprudenza della Corti sovranazionali che puntano, in base ad un'interpretazione sempre più teleologica, sulla difesa dei diritti più che sull'attuazione di fattispecie astratte e chiuse – con un conseguente bilanciamento concreto di interessi in relazione ad un'applicazione sempre più casistica della regola penale.¹

1. GAROFOLI, per esempio, in merito sostiene che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si sta assistendo ad una “valorizzazione degli aspetti qualitativi della legalità, non più circoscritti alla determinatezza della norma, ma concernenti anche l'accessibilità e prevedibilità delle fonti legali e della relativa giurisprudenza” (Manuale di diritto penale. Parte generale, Roma, 2013, 33 s.). Sul punto cfr., tra gli altri, anche BERNARDI, Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 252-253.

Su un secondo collegato fronte, va considerata la maggiore flessibilità anche nella scelta della sanzione che non necessariamente si contrappone all'idea "retributiva" della reazione afflittiva ma fonda sull'adeguamento della risposta alle esigenze del caso concreto.

Ne è esempio l'affermarsi di tendenze favorevoli alla sostituzione della sanzione di tipo patrimoniale o di natura interdittiva a quella incentrata sulla privazione della libertà personale, intendendo in particolare quella consistente in un'interdizione non come meno afflittiva ma come più idonea a debellare un certo fenomeno criminoso. In tal modo si coniugano meglio la proporzionalità di tipo "retributivo" e l'esigenza preventiva.²

Inoltre, per i reati meno gravi si tende sempre più a congedarsi dalla pena detentiva perché anche in base all'idea "retributiva" l'accennato tipo di risposta non sembra più proporzionato ovvero corrispondente alle aspettative sociali di sanzione, pure intesa – in un'eventuale ottica neoretribuzionistica – come compensazione etica della lesione prodotta dal delitto.³

Ulteriormente, sul convergente piano processuale, il rapporto tra l'accertamento del fatto e, quindi, della colpevolezza, da un lato, e la "retribuzione" della violazione della legge penale, dall'altro lato, diventa più flessibile perché si applica una filosofia premiale a chi non imponga un particolare sforzo ricostruttivo dell'episodio addebitato allo Stato.

In quest'ottica, si abbandona la logica del parametro oggettivo ed unico dell'accertamento penale e si sostituisce al medesimo il rapporto tra riscontro della colpevolezza e tasso di responsabilità dell'ipotetico reo.

Di conseguenza, si accoglie una concezione più flessibile anche della presunzione di non colpevolezza per superare la quale non sono sempre necessarie le maggiori garanzie.⁴

2. In proposito, si consideri, per esempio, che nel Progetto Grosso si prevedeva come le pene interdittive, oltre ad assumere il carattere di pene accessorie, necessariamente conseguenti alla sentenza di condanna per alcuni reati tassativamente previsti, potessero essere comminate anche autonomamente come pene principali. Sul fallimento del sistema sanzionatorio incentrato sulla pena detentiva e sulla riconsiderazione del ruolo che potrebbero svolgere le pene implicanti restrizioni della capacità giuridica o di poteri e attività cfr., tra gli altri, EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in Riv. it. dir. proc. pen 2002, n.1.

3. Si pensi in particolare al sistema sanzionatorio operante nei procedimenti di competenza del giudice di pace ed al complesso delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi ex L.689/81.

Particolarmente su quest'ultima tematica, cfr., tra gli altri, DOLCINI, *Le << sanzioni sostitutive >> applicate in sede di condanna. Profili interpretativi sistematici e politico-criminologici del capo III, sezione I della l.n.689 del 1981*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1982, 139 e TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, Padova, 1985, passim.

Sulla nuova filosofia della pena nei procedimenti di competenza del giudice di pace cfr., per tutti, BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, in AA. VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, 401 ss.

4. Sul rapporto tra filosofia premiale nella giustizia negoziata e principi di diritto sostanziale in tema di applicazione della pena cfr., per esempio, in tema di giudizio abbreviato, MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, passim e ZACCHE, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, passim.

Se si tiene conto di ciò, sembra sempre più sostituirsi alla garanzia del limite generale ed astratto della legge ovvero della fattispecie chiusa o del precedente applicato riduzionisticamente la garanzia del rispetto del diritto nel caso concreto con ampie possibilità di adeguamento della regola e di pratico cambiamento della medesima in bonam partem ovvero, nel caso inverso, di applicazione del limite del parametro precostituito in base alla sua prevedibilità più che alla fissazione astratta.⁵

Ora, volendo abbandonare il piano dei reati solo bagatellari in cui l'interlocutore dell'esigenza riparativa sia solo l'offeso, specie se persona fisica, anche sul piano della giustizia non "retributiva" della riparazione per tutti i reati bisogna ipotizzare lo stesso livello di accennata flessibilità sia sul piano del trattamento sostanziale della risposta al crimine, sia sul livello processuale della fissazione – sia pure, come si vedrà, di tipo ipotetico - del presupposto di fatto dell'intervento reattivo, con le uniche rilevanti differenze che la misura del bilanciamento casistico dovrebbe essere non precostituita dallo Stato su un piano oggettivo-sistematico, che ambirebbe, staticamente e su un piano di formale sussunzione di un fatto concreto sotto una chiusa fattispecie astratta, a rimuovere ogni disparità di trattamento (sebbene, come si è visto, in termini solo tendenziali, vista la necessità di ampio adeguamento del canone precostituito), bensì dovrebbe essere operata dinamicamente da un soggetto pure diverso dallo Stato che entificasse l'interesse o gli interessi lesi, sia pure divenendo esponenziale in relazione a determinati reati – i più gravi - di tutta la comunità dei consociati.

In proposito, va sottolineato come soggetto passivo di un reato per comune opinione può essere anche una collettività⁶ e, del resto, rispetto agli interessi penali nell'ordinamento processuale penale è già prevista la figura dell'ente esponenziale di interessi diffusi.

Quanto, poi, all'eventualità che la comunità di riferimento del bene violato fosse tutta la società, la differenza che si realizzerebbe tra l'ipotizzato ente rappresentativo della medesima e lo Stato starebbe nel fatto che il primo, a differenza del secondo, si costituirebbe per difendere uno o più specifici interessi, laddove l'altro, nel crogiuolo della legalità, opererebbe un ampio bilanciamento di tutti gli interessi da tutelare rispetto alle ipotizzabili vicende concrete.

5. Cfr., in proposito, per l'individuazione, tra gli altri, del parametro della "prevedibilità" della regola penale da applicare, la vicenda giurisprudenziale – a livello di Corte europea dei diritti dell'uomo e di Corte di cassazione – relativa al caso Punta Perotti, su cui vedi, per tutti, BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in Cass. pen. 2008, 9, 3504; ed Idem, *La confisca di Punta Perotti: ultimo atto* (nota a CEDU, sentenza 10 maggio 2012, ric., n-75909/01, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia), in *La Rivista Neldiritto* 2012, n.10,1734 ss.

Più in generale, sul principio di legalità convenzionale a cui si ancora la maggiore flessibilità nella determinazione della regola penale da applicare, cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, *Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 301 ss.

6. Vedi, per tutti, sul punto FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 174.

Queste affermazioni presuppongono, per un verso, l'indipendenza della risposta mediativa da quella classica di tipo "retributivo" e preventivo (dal momento che la prima è concettualmente un accordo su una condotta riparatrice e su misure anche "creative" di ripristino dell'ordine violato che concettualmente si distinguono dall'irrogazione della pena), per altro verso, un collegamento della mediazione con la politica criminale⁷, si voglia, poi, incentrare o meno la stessa sulla sola prevenzione – ritenendo la retribuzione come mero baluardo contro l'eccesso e l'arbitrio del potere punitivo pubblico – oppure sulla prevenzione e sulla retribuzione insieme – reputando quest'ultima come risposta da assicurare in aggiunta e nel contemperamento con la prima perché rispondente ad un'esigenza di punizione valida in sé – in una prospettiva neoretribuzionistica⁸ oggi non ritenuta prevalente –, intendendola come compensazione etica rispetto al crimine che corrisponda ad un interesse di tipo primario come quello alla prevenzione.

L'entificazione dell'interesse leso nell'ambito dello Stato, ma su un piano diverso dall'intervento statale, nascerebbe, come si è detto e qui si ribadisce, dall'esigenza di specializzazione nella tutela del bene protetto e di proposta di una reazione più flessibile ed adeguata al crimine in termini di prevenzione speciale e di prevenzione generale, ed eventualmente, in prospettiva neoretribuzionistica, anche dal bisogno di natura etico-retributiva nascente dalla lesione di uno specifico interesse.

La risposta, in sede di mediazione con siffatto ipotetico ente, sarebbe almeno in parte distaccata dal bilanciamento con altri beni degni di protezione, dal momento che, se si passa dal livello della reazione specifica a quello della risposta totalmente bilanciata, bisogna attingere necessariamente alle fattispecie legali chiuse tipiche della legge ordinaria ed entrerebbe, allora, in gioco una ineliminabile dose di astrattezza e di generalità che spunterebbe le armi alla politica flessibile di reazione al crimine in senso ampio.

In proposito, però, le condizioni devono essere due per far in modo che un simile *modus procedendi* non entri in collisione con lo Stato costituzionale e democratico di diritto.

7. Sul problema dell'indipendenza o meno del fenomeno mediativo dalle esigenze di prevenzioni tipicamente riconducibili alla pena ci si interroga in FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 21. Il collegamento – che non significa assimilazione concettuale – della mediazione con l'attuazione delle finalità preventive della pena è messo in evidenza in MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Diritto penale e processo* 2006, 2269 ss.

8. La prospettiva retribuzionistica è rivalutata in Italia, tra gli altri, in: RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1966, passim; MATHIEU, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978, passim; D'AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia* 1982, 236 ss.; MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 48 ss.

L'esigenza retributiva come garanzia – associata o meno alla nozione di retribuzione come afflizione compensativa del crimine commesso -, che è al fondo dell'idea classica del diritto penale di introduzione di un rapporto di proporzione tra delitto e sanzione per evitare l'arbitrio del soggetto dotato di potere pubblico, trova un equipollente, in prospettiva mediativa, nel “consenso all'applicazione della condotta riparatrice”⁹, nel senso che il sospettato, se ritenga eccessivamente afflittiva o ingiusta perché non corrispondente ad una situazione reale di colpevolezza, la proposta riparazione, deve poter negare il suo assenso all'attuazione della condotta riparatrice e chiedere l'intervento della giurisdizione che offrirebbe una risposta totalmente bilanciata – di tipo non solo preventivo, ma anche, in ipotesi, retributivo - in nome di un quadro complesso di interessi di rilievo costituzionale e non.

Poiché, però, la manifestazione di consenso potrebbe essere non consapevole, deve permanere il controllo dello Stato sul rispetto dei diritti fondamentali – compreso quello alla sicurezza - che non sono patteggiabili, almeno quando dal piano dei reati bagatellari in cui la mediazione si possa svolgere con una specifica persona titolare di un diritto di querela o di richiesta che possa disporre – attraverso le suddette condizioni di procedibilità – della repressione del bene violato, si sale al livello dei reati più gravi – e non solo dei delitti commessi da minorenni — rispetto ai quali emerge in misura più preponderante l'interesse generalizzato alla risposta al crimine da parte di un settore della comunità di consociati o di tutta la società.

In relazione a queste ultime situazioni, almeno, sul presupposto che intervenga l'accordo su un'eventuale condotta riparatrice e su misure anche diverse di ripristino dell'ordine violato, sarebbe necessaria – così come avviene, anche se con intensità e modalità diverse, per la mediazione nel settore civile e commerciale in relazione alla tutela dell'ordine pubblico e delle norme imperative – un'omologazione giudiziaria che sancisse la mancata lesione di diritti fondamentali.¹⁰

9. Sul consenso tendente non solo alla riconciliazione pura e semplice, ma anche alla riparazione da cui scaturisca il superamento del conflitto, cfr., tra gli altri: CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA. VV., Scritti in onore di Giandomenico Pisapia, Vol.III, Criminologia, Milano, 2000, passim; MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in AA.VV., Prassi e teoria della mediazione, a cura di Pisapia, Padova, 2000, passim; MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito internazionale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in AA.VV., Verso una giustizia penale conciliativa, a cura di Picotti e Spangher, Milano 2002, passim; GIUFFRIDA, *Verso la giustizia riparativa*, in *Mediares* 2004, 3, 75 ss.; BOUCHARD, MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005, passim;

10. Sull'art. 12 del D.lgs.28/2010 relativo alla mediazione civile e commerciale – ove si prevede l'omologazione dell'accordo che eventualmente tra le parti in sede mediativa – cfr., tra gli altri NICOSIA, SUSANNA, CECCACCI, *Mediazione e conciliazione civile e commerciale*, Gravellona Toce, 2010, 172 ss. e MARINARO, *La mediazione delle liti civili e commerciali. Un percorso nella nuova normativa*, Roma, 2010, 44 ss.

A questo proposito, anzi, va sottolineato che, nello stabilire un proficuo rapporto tra mediazione e controllo giurisdizionale, non si può assicurare in sede di supposta omologa dell'accordo mediativo una piena tutela anche astratta dell'esigenza "retributiva", nel senso di stabilire un ancoraggio pieno del livello di afflittività della condotta riparatrice alla normale risposta sanzionatoria quale sarebbe oggetto di fattispecie legali chiuse e di normale intervento giurisdizionale.¹¹

Un controllo giurisdizionale di questo tipo sarebbe impossibile perché la fissazione rigorosa della presumibile "retribuzione" che coinvolgesse l'ipotetico reo presupporrebbe un compiuto giudizio sul fatto storico addebitato che attraverso la mediazione per definizione si evita.¹²

In altra ottica, allora, per dare anche alla politica preventiva la possibilità di dispiegarsi con maggiore libertà, si potrebbe ancorare il livello di afflittività della ipotetica condotta riparatrice anche se, come si vedrà, nel quadro di un trattamento concordato in sede di conciliazione che "creasse" non solo una penalità, bensì una situazione di vita nuova per il supposto reo - non allo standard normale di risposta sanzionatoria, quale sarebbe quella di natura giurisdizionale classica, bensì alla tutela esclusiva ed elastica dei diritti fondamentali in modo da rendere flessibile in ipotesi anche il tasso di afflittività della condotta riparatrice¹³ - in nome della maggiore adeguatezza della soluzione a fini preventivi del caso specifico - benché solo a patto che sussista il consenso del sospettato.

Corrispondentemente, l'eventuale omologazione giudiziaria dell'ipotetico accordo mediativo dovrebbe tener conto della salvaguardia rispetto alla vicenda concreta dei diritti fondamentali che, come tale, è indipendente dal limite della normale risposta sanzionatoria.

11. Si trae spunto, relativamente alla diversa incidenza operativa dei principi e delle fattispecie chiuse, dalla classica e corrispondente distinzione che si rinviene in DWORKIN, *Taking Rights seriously* (1977) trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 90 ss.)

In proposito, tra gli altri, ZAGREBELSKY, sulla scia di DWORKIN, ricorda come "Le regole valgono nella logica del 0-tutto-o-niente: esse sono cogenti e/o le si rispetta integralmente o le si viola altrettanto integralmente... I principi operano in modo diverso. Essi non indicano conseguenze giuridiche che devono seguire necessariamente quando si diano le condizioni previste, ma, come assiomi dell'ordine giuridico, affermano una ragione che, nei casi che chiamano in causa il principio, deve essere sviluppata nell'azione e nella decisione, senza che in esso sia indicato precisamente il contenuto dell'azione e della decisione." (Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune, Torino, 2009, 95 s.)

12. Perciò, per esempio SCIVOLETTO, da un lato, non nega che "la mediazione vive all'ombra del diritto" (così come l'intersezione tra attività mediativa ed ordinamento giuridico e, quindi, giudizio si sostiene in PUPOLIZIO, *Una comunità all'ombra del diritto*, Milano, 2005, passim ed in TRANKLE, *In the shadow of penal law, Victim-offender mediation in Germany and France, in Punishment and Society* 2007, 9, 395), dall'altro lato, sottolinea come bisogna analizzare la mediazione come strumento "che consente la formulazione di nuovi modi di regolazione giuridica". Quindi, asserisce che "si affaccia ...nel nostro tempo la necessità di un diritto mite e flessibile, capace di rinunciare alla propria esclusività, sia nella strutturazione dei conflitti che nella loro gestione o risoluzione" (Concetti e pratiche di mediazione, in AA.VV., *Mediazione penale minorile*, Milano, 2009, 13-14.

13. Quanto al carattere affittivo della riparazione FIANDACA precisa che "La riparazione conserva verosimilmente il carattere di sanzione, sia pure di significato alternativo rispetto alle pene tradizionali: essa può essere a carattere patrimoniale (come nel caso del risarcimento del danno) o extrapatrimoniale (come nei casi delle prestazioni in favore delle vittime o dei lavori di pubblica utilità)" (Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata, cit., 21).

Si immagina in sede mediativa un ancoraggio della risposta al crimine simile al bilanciamento flessibile di interessi che le Corti dei principi nazionali e sovranazionali operano in nome della tutela dei diritti, rispetto ai casi specifici, con operazioni che secondo alcuni potrebbero essere scopertamente creative dei criteri¹⁴ da applicare e che, viceversa, rispetto alla mediazione dovrebbero in modo più corretto solamente fare a meno del giudizio di fatto, ma senza alterare – sul piano del dover essere - le proporzioni tra i valori da fissare nell’ambito dell’interpretazione o dell’”applicazione” in senso più ampio del diritto; del che si dirà subito in appresso.

Per l’assenza della possibilità di definire mediante un compiuto giudizio il presupposto fattuale del bilanciamento da operare in sede di omologa delle supposte conciliazioni si potrebbero immaginare dei giudizi in ipotesi¹⁵ – quanto ai fatti storici addebitati palesatisi in ambito mediativo – a cui applicare i contemperamenti tra i diversi beni tutelati in sede di principio.

In altra sede si è chiarito come la flessibilità del bilanciamento tra principi possa coniugarsi con la positività dell’applicazione della legge costituzionale o convenzionale sfruttando il rapporto tra l’evidenza del dettato normativo - a cui dovrebbero attenersi i giudici nell’interpretazione, anche in relazione all’omologa qui supposta - e la prova delle prassi valutative che servirebbe per applicare in modo flessibile – ma non creativo - il diritto nelle sue sfaccettature elastiche di principio; e ciò perché passando dal piano dell’interpretazione all’altro della dimostrazione degli usi valutativi per risolvere le questioni giuridiche non definite in maniera evidente dalla legge, specie se di principio, si rimane nella dimensione del fatto (sia pure diverso e solo estrinsecamente collegato con quello “descritto” come episodio storico addebitato) ed in tale ultimo ambito si permane anche quando risulti impossibile la dimostrazione delle prassi di valutazione prevalenti nel tessuto sociale, per cui si debba de iure condendo ricorrere ad un organo ausiliario del giudice di natura politica chiamato a “decidere” con il consenso popolare – eppur tuttavia in modo “consapevole” mediante una rappresentanza di esperti - l’aspettativa sociale a cui dare prevalenza¹⁶ per “applicare” in senso ampio il diritto.

In siffatta prospettiva, sul piano del rispetto positivo della norma scritta di principio il giudice la interpreta e la applica, mediante interpretazione, nella sua dimensione di limite tipico alla sostanza valutativa che, invece, per il carattere aperto della legge in cui è elasticamente incorporata, si deve “applicare” mediante la prova delle prassi valutative che a quel limite si riannodano e da cui non possono prescindere, ma che vanno oltre il medesimo dando flessibilità all’attuazione della regola.

14. Per tutti, vedi, per esempio, in riferimento all’attività giurisprudenziale di “concretizzazione” del diritto che opera la Corte costituzionale in un’ottica di non attuazione della mera *voluntas legis* ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 337 ss.

15. Sui giudizi in ipotesi, relativamente al fatto storico addebitato, in relazione alle cosiddette decisioni sul reato estinto cfr. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Idem*, *Ideologie del processo penale*

16. Su queste tematiche sia consentito rinviare a MENNA, *Giurie elettive di esperti per favorire un dialogo non “creativo” tra le Corti*, in *Diritto penale e processo* 2012, 4 ss.

Non si dica, in proposito, che il sistema dei diritti fondamentali imporrebbe per la risposta al crimine sempre il rispetto del principio di legalità e, quindi, della legge penale con i suoi corollari di tipicità, tassatività e proporzionalità della sanzione nel quadro del classico giudizio di fatto e di diritto, come anche l'osservanza del principio di uguaglianza che esigerebbe di uniformare la risposta al crimine ad un unico standard sanzionatorio.

All'obiezione si può rispondere affermando che il rispetto del principio di legalità nei suoi termini sostanziali potrebbe permanere modificando il criterio legale di riferimento e prevedendo per legge come equipollente rispetto alla tradizionale lesione "retribuzionistica" di tipo giurisdizionale un meccanismo di tutela degli interessi di rilievo costituzionale basato sull'accordo tra i titolari degli interessi lesi – anche in forma associata – ed il potenziale reo.

In questo senso, si può ricordare come a sostegno di una mediazione sganciata dal tradizionale rapporto tra legalità e giurisdizione in risposta al crimine, si sostiene da più parti che "dove opera la riconciliazione non opera il diritto e viceversa: giacché questa è la lunga storia della differenza del diritto".¹⁷

Naturalmente, qui si sostiene che, data la cornice di tutela dei diritti fondamentali da assicurare comunque, a non operare in ambito mediativo, più che il diritto, è il tradizionale rapporto tra legalità e giurisdizione estesa al rigoroso giudizio sul fatto storico addebitato, indipendentemente dalla considerazione delle prassi valutative o dell'interpretazione limitata all'evidenza, correlate all'attuazione dei principi, che potrebbero essere necessarie, invece – come si è detto -, anche a fini conciliativi.

Quanto, poi, alla tematica dell'uguaglianza di trattamento rispetto al crimine, si potrebbe far leva sulle infinite sfaccettature che un caso sempre presenta, per sostenere che già oggi è estremamente difficile – anche se non sempre impossibile – da realizzare l'aspettativa di "retribuire" sempre allo stesso modo l'autore di un determinato tipo di crimine.

Questo significa che, puntando sulla necessaria differenziazione della risposta statutale al delitto, si potrebbe ritenere come proprio per rispettare meglio il principio di uguaglianza sia meglio affidare specialisticamente la tutela contro il crimine ad un ente rappresentativo degli interessi lesi (e come tale più vicino a questi ultimi), quando il termine di riferimento della lesione di un bene non siano una o più particolari persone offese titolari di un diritto di querela o di richiesta; e ciò sia in funzione preventiva che, volendo, in ottica neoretribuzionistica, a scopo etico-compensativo.¹⁸

17. RESTA, "Fiducia" nella "Giustizia", in *Minori Giustizia* 1996, 1, 67.

Sulle ambivalenze nei rapporti col diritto e con l'asse legalità-giurisdizione vedi pure CORSALE, *La mediazione tra società plurale e diritto mite*, in *Minori Giustizia* 1999, 2, 40.

18. Il problema della differenziazione della risposta al crimine in relazione alle mille sfaccettature dei casi concreti si pone, per esempio, per rimanere nell'ambito del tradizionale sistema giurisdizionale, in tema di commisurazione della pena. A questo proposito, nell'ottica della giurisprudenza costituzionale (sent. cost. 50/1980) sul rapporto tra pene fisse e principio di uguaglianza cfr., in dottrina, tra gli altri, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 365 ss., DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1974, 345 ss., FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 756.

L'altra condizione della mediazione estesa pure ai reati non bagatellari per evitare che la stessa entri in collisione con lo Stato costituzionale di diritto sta nella democraticità e nella specializzazione dell'ente che rappresenti l'ipotetico e specifico interesse leso dal crimine, quando non sia sufficiente tentare di conciliarsi con singole persone offese che abbiano il potere di querela o di richiesta.

Questo significa, innanzi tutto, che siffatto ente deve agire tramite rappresentanti che siano stati legittimati con il consenso dei componenti della comunità di titolari dell'interesse leso, anche quando, come si è detto, siffatto interesse venga a coincidere con quello pubblico di tutti i membri della società che esprima l'apparato statale.

Ciò può affermarsi fermo rimanendo che in sede mediativa si reagisce al crimine non attraverso lo Stato, bensì mediante l'ente che tuteli specificamente un determinato interesse, indipendentemente da un contemperamento formale con tutti gli altri beni da difendere operato attraverso fattispecie penali chiuse di legge ordinaria, ed in collegamento solo con un bilanciamento flessibile con altri interessi di rilievo costituzionale o convenzionale, a salvaguardia dei quali dovrebbe ergersi lo Stato unicamente in sede di ipotetica omologa dell'accordo mediativo, in una logica che come si è detto rispetto alla tutela dei diritti fondamentali sarebbe ancorata ad una disciplina di principio e non di fattispecie chiuse.

Peraltro, i rappresentanti degli interessi lesi in seno agli ipotetici enti esponenziali dovrebbero essere degli esperti che in funzione della loro specializzazione nelle scienze di riferimento dei beni violati potrebbero operare una politica soprattutto preventiva meglio di un giudice dotato solo di cognizioni giuridiche ed al contempo anche sul piano etico-compensativo – in prospettiva eventualmente neoretribuzionistica — conoscere meglio dell'organo giudicante il livello di soddisfazione che in concreto i titolari di un interesse leso si aspettassero.

Questo modo di procedere responsabilizza maggiormente in sede mediativa l'ipotetico sospettato - che si troverebbe a dialogare non più su un piano di soggezione, bensì di parità con l'ente rappresentativo dell'interesse leso — e può far sì che in un'ottica, come si dirà, di patteggiamento anche “creativo” di tutela dei contrapposti interessi, il supposto sospettato sia indotto a concordare con l'ente rappresentativo di interessi diffusi non solo un particolare tasso di afflizione, bensì pure ipotetici vantaggi ed utilità di qualsiasi genere per sé e per altri soggetti dell'ambiente in cui viva che rendendo in concreto più allettante un cambiamento di atteggiamento verso il crimine farebbero sì, per un verso, che fossero più supportabili anche condotte riparatrici non meramente simboliche, per altro verso, che l'accordo anche di tipo “creativo” fosse il motore concreto del recupero del presunto reo (a differenza di quel che accade oggi con l'affidamento del processo di rieducazione alla sola esecuzione della pena – sia pure in forme alternative - mediante la quale, al massimo, si favorisce il ritorno ad un tipo di vita libera ma non migliorata e resa più allettante – spesso dal punto di vista economico - rispetto alla dedizione al crimine).

Oggi l'ente rappresentativo di interessi diffusi entra nel processo solo a sostegno dell'azione statutale del pubblico ministero, un domani potrebbe entrare nell'attività mediativa come motore non di un puro accordo su condotte riparatrici, bensì di realizzazione di una politica soprattutto - ma non solo - preventiva fondata su un'incidenza più profonda sugli assetti di vita individuale, familiare e sociale. Per realizzare ciò, in sede mediativa, l'ipotetico ente dovrebbe staccarsi dall'esercizio della pretesa punitiva statutale ed ergersi ad interlocutore privilegiato dell'imputato in un'ottica indipendente da quella generale ed astratta del bilanciamento di un complesso di interessi mediante fattispecie chiuse di legislazione ordinaria; ferme rimanendo le cautele dovute alla tutela dei diritti fondamentali di cui si è detto che servono a non violare le prerogative statuali e personali.

Quindi, con il limite dell'esigenza di tutela teleologicamente orientata delle libertà fondamentali, ma senza il limite più concreto del tipo di afflizione che sarebbe applicabile nell'ambito giudiziario ordinario, è necessaria al titolare dell'interesse leso che intavoli un discorso di tipo riparativo - sia lo stesso un individuo o un ente rappresentativo di interessi diffusi - la stessa flessibilità che si tende a pretendere oggi dall'apparato statale per fissare - ma in sede mediativa senza l'ansia della rigorosa sussunzione del fatto concreto e storicamente addebitato in una fattispecie astratta - in che termini sia stato leso veramente l'interesse rappresentato ed in che termini si debba operare una risposta alla lesione.

Quest'ultima anche in un'ottica riparativa può tener conto dell'ansia di tipo etico-compensativo che oggi taluni continuano ad assegnare alla pena, ma la differenza rispetto all'ottica statalistica tradizionale starebbe nella migliore combinazione della risposta al crimine - quando si trovi l'accordo sulle condotte riparatrici - con una più avvertita politica preventiva portata avanti in modo creativo dal soggetto esponenziale di quanti concretamente si sentano lesi dall'ipotetico reato.

Va precisato, in quest'ottica, che sul piano della fissazione del presupposto di fatto dell'intervento riparativo ben si può e si deve sfruttare il maggior tasso di responsabilità dell'ipotetico reo non necessariamente per indurlo a confessare il fatto, ma semplicemente per esentare l'interlocutore da uno sforzo ricostruttivo necessario e garantito traducendosi in un vero e proprio giudizio - né più né meno come già oggi accade nel procedimento speciale ex artt.444 ss. c.p.p.¹⁹

19. Sulle varie tesi relative alle forme di definizione del fatto - anche nell'ottica del prevenuto - relativamente al procedimento di applicazione di pena su richiesta ex artt.444 ss. c.p.p. cfr., per tutti, VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, 601 ss.

2. Venendo alle tecniche che si possono in concreto utilizzare per favorire l'accordo, sia pure tra un ente rappresentativo di interessi diffusi ed il potenziale reo, sulla scorta di un'analisi di quanto può sostenersi anche a proposito della mediazione civile, *mutatis mutandis*, si può ritenere che potrebbe essere duplice il possibile livello metodologico idoneo a favorire un accordo tra titolare dell'interesse leso e sospettato del crimine.

Fermo rimanendo che a differenza di quanto spesso si è fin qui ritenuto per la mediazione penale – basata essenzialmente, anche se non solo, su tecniche di natura comunicativa e psicologica o condotte riparatrici di natura spesso simbolica²⁰ – il metodo per favorire accordi mediativi dovrebbe ancorarsi anche ad una concreta soddisfazione degli interessi in gioco delle parti²¹ – che solo in qualche occasione può avvenire esclusivamente per via di analisi e terapie di tipo psicologico e/o mediante interazioni comunicative e riparazioni di natura simbolica —, una prima maniera per raggiungere una conciliazione potrebbe sembrare ancorata a ragionamenti di natura transattiva sul solo quantum e sul tipo di afflizione ricollegabile ad una pretesa punitiva di natura statutale astrattamente azionabile.

La transazione che si potrebbe immaginare prima facie, fuoriuscirebbe dal giudizio – a differenza che nei moduli di procedimento penale tipici della giustizia negoziata – perché, come si è detto, si potrebbe sfruttare la maggiore duttilità del rapporto con un ente rappresentativo degli interessi lesi per esaltare le mille sfaccettature non solo di tipo storico, ma anche e soprattutto di valore, del contesto in cui si sia realizzato il crimine e tener conto, quindi, nella risposta al delitto – che non cambierebbe, per tipologia - di quelle particolarità dell'evento lesivo che un giudice non specializzato, a differenza degli ipotetici rappresentanti dell'ente esponenziale, o, in relazione a reati bagatellari, un organo giudicante non vicino al fatto ed al contesto dell'interesse leso come la sola persona fisica offesa o l'ente rappresentativo di interessi diffusi, non riesce a considerare.

Peraltro, al di là dell'analisi del disvalore, per quanto si è detto, il titolare dell'interesse leso sembrerebbe poter calibrare la politica preventiva meglio di un organo che sia vincolato all'applicazione di una regola chiusa di tipo generale ed astratto.

Soprattutto con riferimento all'intervento degli ipotetici enti esponenziali, si potrebbe obiettare all'accennato metodo che i supposti soggetti potrebbero già nel processo giurisdizionale far entrare i loro contributi di ricostruzione e di valutazione per aiutare l'organo giudicante a dosare meglio la risposta sanzionatoria tradizionale.

20. Basti, in proposito, considerare – nell'ottica qui segnalata – contributi come: BOUCHARD, *Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto*, in *Dei delitti e delle pene* 1992, 2, 191 ss.; CENTOMANI, DIGHERA, *Conflitto, reato e riconciliazione*, in *Esperienza di giustizia minorile* 1996, 2, 46 ss.; SCHNITMAN, *Risoluzione dei conflitti e cultura contemporanea*, in AA.VV., *Il coraggio di mediare*, a cura di Scaparro, Milano, 2001, 79 ss. BISI, *Vittimologia. Dinamiche relazionali tra vittimizzazione e mediazione*, Milano, 2004, passim.

21. Sulla soddisfazione degli interessi di parte – a cui si riannoda pure il superamento del conflitto in termini psicologici e relazionali - si incentra, invece, prevalentemente la mediazione in ambito civile e commerciale.

In merito, cfr. per tutti, DE PALO, D'URSO, GOLANN, *Manuale del mediatore professionista*, Milano, 2010, 225 ss.

Senonché, si potrebbe replicare a siffatta obiezione che l'astrattezza e la generalità di una fattispecie penale chiusa, in molti casi – come per esempio rispetto al minimo della pena – potrebbe essere un limite eccessivo per l'attuazione di una efficace politica preventiva e di retribuzione rispetto al reale disvalore di un fatto.

La stessa non generalizzata applicazione in sede giurisdizionale del criterio del fatto di lieve entità o di un grado di colpa lieve – specie nel cosiddetto diritto penale del rischio – come anche la statalizzazione e con essa la rigidità formale – attraverso il pubblico ministero - del contributo prevalente alla ricostruzione non del solo fatto storico ma anche delle prassi valutative che permettessero di comprendere il presupposto fattuale – che è anche di valore — dell'applicazione della norma generale ed astratta lascerebbero pensare che un preliminare tentativo di mediazione avrebbe la capacità di consentire di operare una migliore politica della compensazione etico-retributiva (se la si ammette) e della prevenzione attraverso la costruzione della risposta al crimine, in punto di consapevolezza del fatto e del criterio assiologico da riferire al medesimo, da parte di soggetti che fossero più vicini del giudice al contesto della supposta lesione – anche assiologicamente intesa; e ciò senza contare che alla ricostruzione dei fatti dal punto di vista descrittivo e valutativo l'ipotetico intervento di natura informale a cui sarebbe chiamato in sede mediativa – se lo volesse — il supposto sospettato potrebbe avere il pregio di consentire un migliore approfondimento dell'episodio addebitato – dovuto alla pariteticità e non all'asimmetria che oggi ancora si riscontra nel processo giurisdizionale, nonché alla connessa assenza della paura di dover subire comunque la repressione finale ad opera dell'interlocutore – come anche di calibrare dal punto di vista valutativo il presupposto fattuale del criterio regolativo da applicare al caso – che nella mediazione dovrebbe comunque prendere spunto dalla norma penale di riferimento.

Rispetto all'ipotizzato tipo di mediazione, allora, potrebbe pensarsi all'applicazione – sia pure esclusivamente in forma attenuata, perché patteggiata solo in *bonam partem* in sede mediativa – di condotte riparatrici simili nella sostanza alle sanzioni di tipo tradizionale a seguito dell'omologa in sede giudiziaria dell'ipotetico accordo mediativo.

Questa tecnica mediativa sarebbe ipotizzabile a patto di collocare i contenuti della risposta afflittiva proveniente da un accordo con un soggetto offeso, e non da un giudice, in una dimensione di “riparazione” che autorevole dottrina riannoda ad una logica sanzionatoria, ma non aggancia se non in termini problematici alla pena, dal momento che le condotte riparatrici non sicuramente assolvono alle stesse finalità della sanzione penale.²²

22. FIANDACA, Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata, cit., 21.

A patto che sia dissociato dal fenomeno della tradizionale irrogazione della pena, l'ipotizzato "patteggiamento" di contenuti simili a quelli oggetto di una normale pretesa punitiva, potrebbe sganciarsi dal solito rapporto tra legalità e giurisdizione estesa al fatto storico addebitato per divenire oggetto di controllo giurisdizionale, come si è detto, solo in funzione di tutela dei diritti fondamentali in sede della supposta omologa.

In questo senso, le condotte riparatrici, pur più strettamente comparabili – per i reati più gravi – con le forme classiche della risposta penale, non dovrebbero avere il limite tipico dello standard sanzionatorio della giurisdizione di tipo retributivo e potrebbero essere ancorate ad una tutela di libertà fondamentali riferibili ad una disciplina solo di principio.

L'accennato metodo mediativo si potrebbe definire di tipo non "creativo" perché incentrabile solo su una transazione di contenuti afflittivi simili a quelli della punizione.

Su un diverso piano, in una prospettiva più sicuramente dissociabile dal fenomeno penale tradizionale, la vera tecnica di mediazione che dovrebbe essere praticata – su un piano non solo emozionale e simbolico — dovrebbe incentrarsi sulla pragmatica soddisfazione degli interessi in gioco — sia pure di tipo personale e relazionale²³ — al di fuori dei canoni fissati con fattispecie chiusa di tipo ordinario e, quindi, non dovrebbe limitarsi ad una sola transazione sul contenuto ipotetico della pretesa punitiva classica.

Questo tipo di mediazione non sembra entrare in conflitto con principi costituzionali ed, in particolare, per ciò che concerne i valori sostanzialistici, con gli artt.13, 25 comma 2 e 27 commi 1 e 3 Cost., perché le eventuali limitazioni di libertà fondamentali che il supposto reo dovesse accettare – comprese talune forme di compressione della libertà personale in sede di riparazione – si iscriverebbero non nella dimensione della afflizione simile alla pena irrogata dallo Stato, bensì in una prospettiva nuova in cui gli eventuali elementi afflittivi e sanzionatori – tipici del momento più squisitamente riparativo - si combinerebbero indissolubilmente con situazioni di vantaggio per il supposto accusato e per di più sarebbero non imposti da una pubblica autorità come lo Stato rispetto alla quale il prevenuto si trovasse in posizione di soggezione, bensì sarebbero negoziati su un piano di parità con un soggetto persona fisica o con un ente non dotato di potere pubblico, sebbene rappresentativo di interessi diffusi.

23. Alla scuola di Harvard si consiglia – in tema di mediazione – un approccio sistematico alla preparazione delle parti che negoziano, cosa che rimane chiaramente valida anche nel caso di una negoziazione facilitata da un terzo, considerando sette aspetti e passaggi da rispettare: 1) interessi, 2) opzioni, 3) alternative, 4) equità, 5) comunicazione, 6) relazione, e 7) impegni. Sul punto cfr. NICOSIA, SUSANNA, CECCACCI, *Mediazione e conciliazione civile e commerciale*, cit., 45

Il metodo della scuola di Harvard potrebbe essere seguito anche in ambito mediativo penale.

Lo Stato, in siffatta ottica, si ergerebbe solamente a garante dell'esecuzione dell'accordo conciliativo a seguito dell'ipotetica omologa così come avviene, *mutatis mutandis*, in ambito civile e commerciale.²⁴

Per quanto concerne i valori costituzionali di tipo processuale, fuoriuscendo l'applicazione delle condotte riparatrici dalla logica del giudizio, non sarebbero violati, tra gli altri, gli artt.24 comma 2, 25 comma 1, 27 comma 2, 101 e 111 Cost.

In riferimento all'art.13 Cost., la riserva di legge per le eventuali compressioni di libertà personale sarebbe rispettata dalla previsione per legge del modulo mediativo di risposta al crimine mediante patteggiamento delle condotte riparatrici e delle connesse misure migliorative per il reo.

La riserva di giurisdizione sarebbe, altresì, osservata attraverso l'ipotetico intervento giurisdizionale in sede di omologa dell'eventuale accordo mediativo o mediante il sindacato di un giudice che si dovesse pronunciare sulle condizioni di procedibilità negli altri casi di mediazione con soggetti dotati di potere di querela o di richiesta, fermo rimanendo che il controllo della giurisdizione nel primo caso avrebbe come termine di riferimento la disciplina dei principi costituzionali e convenzionali e non la regolamentazione di tipo chiuso propria della legislazione ordinaria.

Anche per ciò che attiene all'art.112 Cost., basterebbe agganciare il tentativo di mediazione ad una condizione di procedibilità o di perseguibilità (a seconda del momento in cui calarlo rispetto al procedimento)²⁵ per sostenere che non necessariamente si debba procedere ad indagini e ad eventuale azione penale per giungere ad una punizione conseguente ad un giudizio, oppure che si possa sospendere l'esercizio dell'azione in casi predeterminati legislativamente.

Su questo livello, così come si ritiene avvenga in sede di mediazione civile, per favorire l'accordo mediativo, in definitiva, può operarsi la tecnica nota ai civilisti come "creazione di valore"²⁶ che segue il modulo del "win-win" e non lo schema tipico della giurisdizione del "win-lose".

24. *Mutatis mutandis*, il verbale di conciliazione redatto in sede civile ha efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'art.12 D. Lgs. 28/2010
Sul punto cfr. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., loc. cit., 2269 ss

25. Sul punto cfr. MENNA, *Mediazione penale e modelli processuali*, cit., loc. cit., 2269 ss

26. In proposito, cfr., per tutti, DE PALO, D'URSO, GOLANN affermano che "Di solito i negoziatori partono dal presupposto che i propri obiettivi sono in conflitto con quelli della controparte e che è inevitabile spartirsi una "torta" di dimensioni predefinite, ove al vantaggio dell'uno corrisponde fatalmente la perdita dell'altro. Quanto più l'immagine di un valore predefinito si scolpisce nelle menti dei partecipanti al negoziato, tanto più è probabile che essi adottino tattiche antagonistiche finendo con il ritrovarsi in un vicolo cieco. Se il mediatore riesce, invece, a incrementare quanto ciascuna delle parti si aspetta di ricavare da una soluzione bonaria della vertenza, l'ipotesi di accordo diventa senza dubbio più attraente. Questo "allargamento della torta" può rivelarsi particolarmente utile quando l'impasse si verifica in prossimità della conclusione del negoziato: a quel punto, una prospettiva di incremento del valore dell'accordo, anche piccola, può condurre a buon fine la trattativa (Manuale del mediatore professionista, cit., 225).

Mutatis mutandis, l'"allargamento della torta" cui ci si riferisce in sede civile va correlato, in penale, alla creazione di soluzioni nuove di contemperamento dell'esigenza di riparazione dell'offeso, da un lato, e degli interessi procedurali, personali, relazionali ed economici del supposto reo, dall'altro lato.

In altri termini, entrambi i soggetti della conciliazione - e non solo il titolare dell'ipotetico interesse leso - dovrebbero attraverso la mediazione ritenersi soddisfatti nei loro interessi.

Per quanto riguarda il supposto reo, in particolare, si tratta di comprendere non solo lo specifico interesse alla libertà che viene in rilievo – come quello contrapposto alla punizione – nell'ambito della vicenda giurisdizionale, bensì anche i bisogni più profondi (non esclusivamente di tipo psicologico) correlati al vissuto del medesimo onde dare soddisfazione agli stessi con misure che non dovrebbero parametrarsi ai soli schemi di risposta giurisdizionale classica pure quando attingano a modalità alternative di espiatione della pena.

Rispetto al macrocosmo delle possibilità mediative, allora, lo stretto ambito della giurisdizione tradizionale rappresenterebbe evidentemente un terreno limitato di risposta al crimine.

Questo non significa che sullo sfondo della mediazione non dovrebbe permanere, ma come *extrema ratio*, la reazione punitiva dello Stato perché non solo quando in sede di preliminare tentativo di conciliazione fallisse l'accordo sulle condotte riparatrici e sulle misure migliorative della condizione del reo, ma anche quando in sede di esecuzione del patto conciliativo non si rispettassero gli obblighi assunti da parte di entrambi i soggetti dell'accordo, solamente l'attivazione della pretesa giurisdizionale classica potrebbe dare soddisfazione ultima agli interessi in gioco.

MARIANO MENNA

Ordinario di Diritto Processuale Penale Avanzato

Dipartimento di Giurisprudenza

Seconda Università degli Studi di Napoli