

ROSALBA NORMANDO

*Professore di Procedura penale – Università degli Studi di Salerno*

## Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l'intervento del mediatore

### *Alternative models of justice in criminal law: the intervention of the mediator*

---

L'indagine è rivolta ad individuare il ruolo svolto dal mediatore nelle pratiche di giustizia riparativa. Nell'Europa continentale soltanto nell'ultimo ventennio si sono diffusi istituti propri della *restorative justice*, peraltro nella mappa giuridica europea la circolazione di modelli alternativi e/o complementari al processo penale si restringe fondamentalmente alla mediazione. Soggetto strategico e facilitatore delle procedure, il mediatore aiuta le parti a pervenire a forme di composizione (anziché di decisione), nelle quali il dialogo e il consenso possano prendere il posto del *dictum* del giudice, producendo rilevanti effetti sulla vicenda giudiziaria. "Terzo imparziale ed indipendente" non soltanto deve possedere una specifica competenza nella gestione delle dinamiche conflittuali, ma, in forza del legame genetico con il processo penale, deve essere, altresì, in grado di comprendere le implicazioni giuridiche della singola controversia.

*The study is aimed at finding out what is the role played by the mediator in restorative justice. In continental Europe, only in the last twenty years have regulatory schemes been developed that are peculiar to restorative justice, and, in the European juridical map, the circulation of models that are alternative and/or complementary to the criminal trial is mainly restricted to mediation. As a strategic subject and a facilitator to procedures, the mediator helps the parties to get to a settlement (rather than a decision), in which dialogue and consent can replace the judge's dictum, producing relevant effects on the judiciary trial. "Third, impartial and independent" not only must he/she have a specific skill in handling adversarial dynamics, but, pursuant to the genetic binding with the criminal trial, he/she also has to be able to comprehend the juridical implications of the single litigation.*

---

LA DIFFUSIONE DI UN NUOVO MODELLO DI GIUSTIZIA  
PENALE: RIPARAZIONE *VERSUS* RETRIBUZIONE?

Un'indagine volta ad individuare le funzioni ed il ruolo svolti dal mediatore nelle pratiche di giustizia riparativa non può prescindere dal soffermarsi, per qualche riflessione sia pur sintetica, sul fon-

damento e sugli scopi che stanno alla base della medesima. Il modello riparativo, orientato verso la ricerca di possibili soluzioni secondo una prospettiva che sottende il superamento della concezione del reato quale mera violazione di norma giuridica, si propone come risposta al fatto criminoso che trova «la sua legittimazione morale nel danno cagionato

ma non si esaurisce nella inflizione in capo all'autore di un male ulteriore»<sup>1</sup> e che fa del dialogo e della mediazione, tra la vittima e l'autore del reato, strumenti fondamentali per sanare, in via extragiudiziale, la frattura tra le parti. L'affiancarsi del binomio conflitto-riparazione all'assioma reato-retribuzione e il conseguente ingresso accanto alla finalità retributiva e riabilitativa di quella riparativa, corrispondono, di fatto, ad una diversa concezione sanzionatoria che, abbandonati i rigidi canoni del diritto penale<sup>2</sup>, accede alle opportunità di gestione privata dei conflitti ed alla prospettiva di soddisfare le esigenze della vittima, per i danni provocati dal delitto, attraverso azioni del reo dirette a reintegrare l'offesa patrimoniale e morale inferta con il proprio atto, secondo principi propri della c.d. *restorative justice*<sup>3</sup>, o "giustizia di prossimità"<sup>4</sup>, vicina alla vittima, all'autore dell'infrazione, alla comunità e antitetica alla giustizia "classica", distante e solenne, iconograficamente rappresentata con gli occhi bendati in segno di imparzialità.

Gli strumenti riparativi, svincolati dal rigore formale del processo e dalla logica retributiva ed ispirati ai valori della riconciliazione, consentono di affrontare i conflitti in modo più efficiente rispetto al tradizionale sistema penale, in chiave di complementarità e di integrazione, non "contro" l'apparato giudiziario ma "accanto".

Non sorprende che modelli e tipologie che consentono il compenetramento della sfera pubblica con la privata e che enfatizzano il ruolo della risoluzione consensuale si siano diffusi più facilmente nei sistemi di *common law*, nel cui ambito si tende a

concepire il processo penale come scontro tra due contendenti finalizzato alla risoluzione del conflitto, con la conseguente riduzione del coinvolgimento del giudice<sup>5</sup>.

E così, non a caso, il paradigma riparativo viene forgiato nell'ordinamento angloamericano, trovandovi ampi spazi e molteplici modalità di applicazione. Significativi modelli non giurisdizionali di gestione delle controversie sono stati messi in campo negli Stati Uniti, ove, nel corso degli anni sessanta, si assiste all'introduzione dell'*alternative dispute resolution*, riguardante il contenzioso civile, e, a distanza di un decennio, dei *victim offender reconciliator programs*, che si collocano nell'alveo dei movimenti a favore delle vittime, con l'obiettivo minimo ma immediato di offrire alle stesse la riparazione concreta del danno derivante dal reato.

Invece, nell'Europa continentale soltanto nell'ultimo ventennio iniziano a far breccia pratiche riconciliative complementari al modello meramente repressivo, inoltre nella mappa giuridica europea la circolazione del nuovo principio si restringe fondamentalmente alla mediazione<sup>6</sup>.

Particolare ritrosia e scetticismo verso la concreta portata degli strumenti riparativi emerge dalla verifica degli esigui spazi di operatività ad essi riservati nel nostro Paese, posto che il quadro legislativo d'assieme denota come le potenzialità insite in pratiche conciliative o mediatriche, che affianchino il sistema sanzionatorio, risultino ancora sostanzialmente inesplorate<sup>7</sup>. Infatti, l'attuale strutturazione della giustizia penale italiana prevede l'esperibilità di procedure riparative esclusivamente nella fase dell'esecuzione, nell'ambito della giustizia penale minorile e della giurisdizione del giudice di pace; peraltro, pur nel prevalente disfavore, nel dibattito della dottrina processualpenalistica comincia a farsi strada l'idea che forme e tecniche di riconciliazione ispirate al paradigma riparativo siano «strumenti di intervento promettenti, più che il processo penale tradizionale»<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Wright, *Justice for Victims and Offender: A Restorative Response to Crime*, Waterside Press, Winchester, 1996, 112.

<sup>2</sup> Il conflitto nascente dal reato può trovare esaustiva soddisfazione anche al di fuori della pena, in corrispondenza di violazioni a cui poter riparare attraverso una soluzione condivisa, che superi l'ordine imposto dall'alto per arrivare ad un ordine negoziato; sul punto cfr. Ceretti, *Mediazione e giustizia penale. Incontrare una norma*, Studi in ricordo di Pisapia, Milano, 2000, 742; Mannozi, *La giustizia ripartiva: percorsi evolutivi, culturali, giuridici e sociali*, Palazzo-Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, 35 ss.

<sup>3</sup> Al riguardo nell'amplessissima letteratura, v. Ceretti-Di Cio-Mannozi, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001; Marshall, *The evolution of restorative justice in Britain*, *European journal on criminal policy on research*, IV, 1996, 21-43; Mazzuccato, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di giustizia ripartiva tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, Picotti-Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002; Wright, *Justice for Victims and Offender: A Restorative Response to Crime*, cit.

<sup>4</sup> La felice definizione sta ad indicare prossimità affettiva, in quanto la pace sociale lesa si ricostruisce dalla base, prossimità temporale e territoriale, in quanto vicina nel tempo e nel territorio all'episodio criminoso; in merito v. Bonafè Schmitt, *La mediazione: une justice douce*, Paris, 1992.

<sup>5</sup> Cfr. Damaška, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, 160 ss.

<sup>6</sup> Per un sistematico quadro generale, cfr. *Mapping Restorative Justice: Developments in 25 European Countries*, edited by David Miers and Jolien Willemsens for the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Leuven, 2004.

<sup>7</sup> Sul punto, v. Daraio, *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, *Dir. pen. proc.*, 3, 2013, 362 ss..

<sup>8</sup> Così, Fiandaca, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, cit., 105. In relazione a questi aspetti si rinvia anche a Orlandi, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, *Riv. dir. processuale pen.*, 2006, 1171 ss.;

Su questo «ripensamento circa il significato e gli scopi della punizione nel diritto penale contemporaneo»<sup>9</sup> non lieve influsso è esercitato dalla crisi di efficienza della giustizia nel suo complesso, provocata dalla lunghezza dei processi, dall'eccessivo carico giudiziario, dall'ipertrofia del sistema penale conseguente ad una proliferazione delle fattispecie criminose e, non ultimo, dal sovraffollamento delle carceri, tutti elementi che, unitamente all'esigenza di assicurare la tutela della vittima, suggeriscono la ricerca di soluzioni, dosate sull'intensità del conflitto, atte a rispondere in termini adeguati al danno cagionato dal reato, evitando, laddove possibile, il processo<sup>10</sup>. Certamente, all'interno del sistema giuridico, la mediazione «non è da considerarsi come un surrogato del processo legale»<sup>11</sup>, può però sostituirlo laddove forme soddisfattive dei conflitti rispondano meglio della «punizione del colpevole». Il problema di fondo è che la definizione consensuale del conflitto, attraverso la riparazione del danno e la responsabilizzazione del reo, ossia attraverso forme di composizione (anziché di decisione) nelle quali il dialogo e il consenso prendono il posto del *dictum* del giudice, produce rilevanti effetti sulla vicenda giudiziaria. Non a caso, nei documenti internazionali<sup>12</sup> si rinviene una dettagliata previsione dell'estensione dei diritti e delle garanzie di un giusto processo anche nello svolgimento delle procedure riparative e si assicura la necessaria tutela alla presunzione di innocenza. Infatti, il riconoscimento da parte del reo della propria condotta non deve essere usato come prova di ammissione di colpevolezza: la presunzione di innocenza non può essere compromessa dalle dichiarazioni dell'autore

del fatto che accede alla mediazione<sup>13</sup>, la cui mancata riuscita non comporterà alcuna conseguenza negativa nel procedimento penale poiché niente di quanto avvenuto durante gli incontri potrà essere comunicato all'autorità giudiziaria, salvo l'esito finale; mentre dall'ipotesi di conclusione positiva della mediazione, deriverà la preclusione di un nuovo giudizio nei confronti del medesimo soggetto per i medesimi fatti<sup>14</sup>.

#### IL RUOLO DEL MEDIATORE NELLE CARTE INTERNAZIONALI

Puntando l'obiettivo sul tenore letterale degli atti sovranazionali, si osserva una definizione «procedurale» piuttosto che «categoriale» della mediazione penale, non si enuncia cosa essa sia ma come si svolge. L'accento è posto sulla dinamica dell'intervento, legata essenzialmente a due fattori: l'accordo delle parti contrapposte che accettano liberamente di tentare una risoluzione consensuale del conflitto e la partecipazione di un mediatore nel ruolo di «facilitatore», il quale, senza imporre loro alcuna volontà, li supporta nell'individuazione di una soluzione riparatrice<sup>15</sup>. Nel dualismo attivo vittima-autore questo soggetto terzo, indipendente e imparziale si pone in relazione con entrambi in modo neutrale ma non distaccato, mettendo in campo tecniche e competenze atte a restituire ai protagonisti del fatto illecito il potere, la responsabilità e l'impegno finalizzati a ristabilire un contatto corretto<sup>16</sup>.

Le linee guida raccomandate in materia, che trovano esplicita consacrazione sul finire degli anni novanta, vengono recepite dagli Stati con modalità e

Ubertis, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2005, 1321.

<sup>9</sup> In tali termini, Fiandaca, *Gli obiettivi della giustizia*, cit., 97.

<sup>10</sup> Certamente la giustizia riparativa non è in grado di sostituirsi alla giustizia penale, tuttavia il ricorso a tecniche extragiudiziali di riparazione e composizione del conflitto può essere proficuamente utilizzato tutte le volte in cui sia necessario principalmente riparare il danno alla vittima e l'applicazione della pena tradizionale appaia, in relazione al suo destinatario, inutile o addirittura controproducente. Nel nostro ordinamento, questa finalità è sottolineata nella Relazione di accompagnamento allo schema di d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274 «Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace», Guida dir., 2000, 38 ss.. Circa «l'esaltazione» del ruolo conciliativo del giudice di pace, v. Marandola, *Il procedimento penale innanzi al giudice di pace*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII, Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, 2011, 188-189.

<sup>11</sup> Mannozi, *La giustizia riparativa*, cit., 36.

<sup>12</sup> La *Recommendation* n. 19/99, fornisce ai Paesi membri una serie di indicazioni riguardante le caratteristiche che i programmi di mediazione penale dovrebbero avere e gli aspetti generali degli stessi, quali la partecipazione spontanea, la riservatezza e le caratteristiche dell'accordo conciliativo, che deve essere ragionevole e proporzionato alla gravità del reato.

<sup>13</sup> Estremamente vasta la letteratura in materia, tra tutti v. Fiorio, *La presunzione di non colpevolezza*, Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 119 ss.; Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

<sup>14</sup> *Recommendation* n. 19/99, art. 17.

<sup>15</sup> Uno degli aspetti fondamentali dei programmi di mediazione penale è la partecipazione spontanea, infatti, non è obbligatorio partecipare ad un'attività di mediazione, né proseguirla una volta iniziata poiché le parti possono interrompere il procedimento in qualsiasi momento (art. 1 *Racc.* n. 19/99). Il principio generale di partecipazione volontaria si basa sul presupposto che i partecipanti siano messi in condizione di dare un consenso consapevole, informato e spontaneo alla mediazione, a tal fine devono essere pienamente informati dei loro diritti, della natura del processo di mediazione e delle possibili conseguenze delle loro azioni (art. 10 *Racc.* n. 19/99) e non devono essere indotte a parteciparvi con mezzi subdoli (art. 11 *Racc.* n. 19/99). Per questo motivo, non è possibile fare mediazione se una delle due parti non ne comprende il significato (art. 13 *Racc.* n. 19/99).

<sup>16</sup> Bonafè Schmitt Bouchard-Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005; Bouchard, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice*, *Questioni Giustizia*, Milano, 4, 1995, 894; Morineau, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000.

standard inevitabilmente diversi, in base alle regole proprie di ciascun sistema giudiziario<sup>17</sup>; di conseguenza, nel panorama legislativo ultranazionale si riscontra una pluralità di tecniche di intervento che si traduce, a sua volta, in molteplici varianti operative. Tuttavia il modello più diffuso è costituito dalla mediazione.

La *Raccomandazione n. 19/99* del Consiglio d'Europa, nel definirla come «procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo indipendente (mediatore)»<sup>18</sup>, riconosce la centralità del ruolo di quest'ultimo per assicurare la qualità e l'efficacia delle procedure. Pochi anni dopo, nella *Decisione-quadro 2001/220/GAI*<sup>19</sup>, si afferma che la mediazione nelle cause penali è la ricerca prima o durante lo svolgimento del procedimento penale di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato con la mediazione di una persona competente<sup>20</sup>. A sua volta, la *Risoluzione sulla Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia: nuove sfide nel XXI secolo (Assemblea generale delle Nazioni Unite – n. 55/59 del 04/12/2000)*, al cap. XV, sottolinea, accanto alla necessità di promuovere una cultura favorevole alla mediazione ed alla giustizia riparativa, l'esigenza di formare adeguatamente gli operatori che dovranno lavorare all'applicazione di dette politiche<sup>21</sup>.

Il percorso tracciato dagli organismi internazionali è orientato a sollecitare la ricerca di soluzioni alternative agli effetti generati dal fatto delittuoso, per promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo<sup>22</sup>. Muove in siffatta direzione

anche la recente *Risoluzione*<sup>23</sup>, con la quale il Parlamento europeo chiede agli Stati di realizzare significativi progressi nel livello di tutela delle vittime in tutta l'Unione, in particolare nei processi penali, e di adottare misure atte ad assicurare alle stesse, qualora scelgano di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa, l'accesso a servizi sicuri e competenti. Il reato non viene più considerato soltanto offesa nei confronti dello Stato, «né solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime»<sup>24</sup>, che rivestono un ruolo attivo nella gestione della controversia accedendo al percorso riconciliativo con l'autore, il quale, a sua volta, è indotto a prendere coscienza delle conseguenze della propria condotta deviante, «con l'aiuto di un terzo imparziale» che assiste le parti «nella risoluzione delle questioni derivanti dal reato»<sup>25</sup>. In linea di continuità, il 25 ottobre 2012 nella *Direttiva 2012/29/UE*<sup>26</sup>, adoperando la più ampia formula di «giustizia riparativa», in luogo di «mediazione» tra vittima ed autore del reato di cui all'art. 10 della *Decisione-quadro n. 220/2001*, si sollecita il ricorso a procedimenti che permettano alla vittima e all'autore di partecipare attivamente alla risoluzione del conflitto con l'aiuto di un terzo imparziale<sup>27</sup>.

Il complesso delle disposizioni lascia emergere la significativa funzione che può svolgere il mediatore nell'attivare canali di comunicazioni, tra reo vittima e comunità: a lui è affidato il compito di spiegare i vantaggi derivanti dal dare il consenso all'intervento, il significato e le conseguenze giuridiche della mediazione nonché presentare il programma dell'accordo. Soggetto strategico e facilitatore delle procedure riparative, costituisce la chiave di volta per realizzare l'obiettivo di offrire risposte alterna-

<sup>17</sup> Ma proprio il ricorso a principi direttivi consente di mettere in comunicazione i sistemi sanzionatori «la cui molteplicità viene rispettata ma al contempo ordinata, in una logica multidimensionale e combinatoria che ordina il molteplice senza sopprimerlo»; Delmas Marty, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992, 226-227.

<sup>18</sup> *Recommandation n. 19/99*, cit. «Les présentes lignes directrices s'appliquent à tout processus permettant à la victime et au délinquant de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant du délit, avec l'aide d'un tiers indépendant (médiateur)».

<sup>19</sup> Relativa alla posizione della vittima nel processo penale, adottata nell'ambito del c.d. «Terzo pilastro» dell'Unione europea, sulla scorta delle determinazioni assunte nel vertice di Tampere.

<sup>20</sup> La *Decisione-quadro n. 220/2001* impone agli Stati di promuovere la mediazione, per alcuni reati, nell'ambito dei procedimenti penali e di far sì che l'eventuale accordo tra la vittima ed il reo possa produrre effetti negli stessi procedimenti.

<sup>21</sup> Nella sterminata letteratura internazionale, tra tutti, v. Pelikan, *Council of Europe Recommendation n. (99)19 concerning mediation in penal matters*, United Nations Crime Congress: Ancillary Meeting, Vienna, 2000, [www.restorativejustice.org](http://www.restorativejustice.org).

<sup>22</sup> Per quanto concerne l'attenzione riservata nel nostro Paese

alla delicata tematica, v. Amodio, *Vittime del delitto e solidarietà sociale – Una proposta di politica legislativa*, Milano, 1975; Eusebi, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, Picotti-Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, 17 ss.; Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, 1227 ss..

<sup>23</sup> *Risoluzione* del Parlamento europeo n. 0327, del 12 settembre 2012, concernente «Norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato».

<sup>24</sup> *Risoluzione n. 0327/2012*, cit.

<sup>25</sup> Art. 2 punto 3 *Risoluzione n. 0327/2012*, cit.

<sup>26</sup> «Che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI», pubblicata in G.U.U.E. n. L 315 del 14 novembre 2012, 57.

<sup>27</sup> Confermando quanto già indicato nella *Risoluzione* del Parlamento europeo del 12 settembre 2012, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce norme minime riguardanti i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato (n. 0327/2012, cit.).

tive e/o complementari a situazioni problematiche, aiutando le due parti ad incontrarsi e, possibilmente, a concordare soluzioni accettate da entrambe.

#### IMPARZIALITÀ, INDIPENDENZA E TERZIETÀ DEL MEDIATORE

Deve ritenersi che, se ragione sufficiente della norma giuridica è la *ratio legis*<sup>28</sup>, la ragione sufficiente della mediazione in ambito penale non può essere racchiusa esclusivamente in quella di modalità di risoluzione dei conflitti a causa dell'eterogeneità delle funzioni ad essa ascrivibili, a seconda che si abbia riguardo: alla complementarità rispetto al processo penale; alla tecnica di intervento; al compito di stabilizzazione sociale<sup>29</sup>. Siffatta poliedricità si riflette sul ruolo del mediatore penale, che non può essere ricondotto a quello di semplice "pacificatore", stante la significativa influenza che egli esercita sulla trattativa vittima-reo e sulla possibilità di orientare il risultato. Nel promuovere l'attività riparatrice, egli deve saper affrontare sentimenti sociali contrapposti, interpersi tra coloro che ne sono direttamente portatori, risalire alla fonte di quei conflitti che creano un isolamento dei singoli nella propria versione dei fatti; partendo dal confronto tra i due protagonisti, deve riuscire ad innescare un processo di rielaborazione dei comportamenti<sup>30</sup>, non fermandosi al concetto, stigmatizzante il sistema penale, del lecito e dell'illecito.

Una ricognizione comparata delle figure professionali previste nei diversi programmi di mediazione evidenzia la presenza di operatori, appositamente formati, soprattutto tra psicologi, educatori, avvocati, giudici onorari, assistenti sociali, insegnanti, criminologi. La scelta dell'uno o dell'altro professionista varia da Paese a Paese, ma, al di là delle singole soluzioni, emerge una costante: la posizione che il mediatore assume, all'interno di quel sistema di relazioni tra le parti che si viene a configurare una volta accettata la mediazione, separa nettamente la sua figura da quella del giudice.

<sup>28</sup> Tant'è che «*cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*». Sul tradizionale valore della formula, v. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 5.

<sup>29</sup> Cfr., Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., 339-340.

<sup>30</sup> Per un approfondimento di queste tematiche, v. Brunelli, *La tecnica di mediazione*, Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998; Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996; Ceretti, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 19-61; Gullotta, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico civile, penale, minorile*, Milano, 2000; Molinari-Amoroso (a cura di), *Criminalità minorile e mediazione: riflessioni pluridisciplinari, esperienze di mediazione e ricerche criminologiche sui minori*, Milano, 1998; Scaparro, *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Milano, 2001.

Il mediatore non ha autorità o potere da esercitare nell'ambito giudiziario, non si sostituisce in alcun modo a magistrati o ad avvocati, la sua attività è avulsa dall'accertamento del reato: è un soggetto estraneo alla scena processuale ed anzi è opportuno che egli non abbia istaurato rapporti professionali antecedenti con le parti medesime<sup>31</sup>.

Il discorso, a questo punto, rimanda all'esigenza di verificare la valenza delle caratteristiche che, sulla scorta dei principi enunciati nelle Carte sovranazionali, accedono alla sua funzione. Come innanzi accennato, la *Raccomandazione n. (99)19* del Consiglio d'Europa definisce il mediatore "terzo indipendente", mentre la *Risoluzione n. (2012) 0327* prevede l'aiuto di un soggetto "terzo imparziale" per supportare le parti nel percorso riconciliativo. Ma, stante la specificità delle funzioni, le locuzioni indipendenza, imparzialità e terzietà a lui riferite assumono un valore ben diverso rispetto alle medesime espressioni ricorrenti nella giurisdizione penale. All'omologia definitoria delle formule non corrisponde identità di significato.

Nell'ambito del processo penale terzietà ed imparzialità stanno a significare che il giudice deve essere al di sopra delle parti, in condizioni di estraneità e di equidistanza dagli interessi in giuoco, il giudice imparziale decide *audita et altera parte*; «giudica, cioè, anche quale terzo estraneo chiamato a dirimere la "lite" dopo aver raccolto le ragioni delle parti»<sup>32</sup> sulla base di prove legittimamente acquisite, senza essere influenzato da alcun *pre-iudicium*, da alcun preconvincimento. A sua volta, l'indipendenza si ricollega alla soggezione del giudice soltanto alla legge, poiché il suo agire è sottratto alle interferenze del potere politico.

Ma il mediatore non giudica e non impone decisioni. È soggetto attivo coinvolto nell'intera procedura, protagonista, non meno delle parti in conflitto, quanto alla scelta del percorso e delle strategie: interviene a definire il terreno su cui, di volta in volta, far confrontare i contendenti e non appare affatto estraneo all'una e all'altra parte, anzi partecipa fattivamente alla gestione del problema. Inoltre, conduce il processo di mediazione e non assiste come "tabula rasa", poiché, prima di cominciare ad occuparsi del caso, deve essere informato di tutti i fatti pertinenti e ricevere tutti i documenti necessari alla valutazione dello stesso<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> In termini, v. Daraio, *Il "principio riparativo"*, cit., 367; Orlandi, *La mediazione penale*, cit., 1183.

<sup>32</sup> Così, Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 628-629.

<sup>33</sup> *Raccomandazione n. 19/99 - V. Traitement des affaires individuelles - 25. Avant de commencer à s'occuper d'une affaire, le mé-*

Pertanto, appare difficile guardare a lui come a un arbitro imparziale tra i contendenti o uno spettatore neutrale che osserva dall'esterno la situazione, salvo intendere la neutralità come comportamento equamente finalizzato a far collaborare le parti.

La terzietà del mediatore va intesa sia rispetto al procedimento giudiziario, nell'ambito del quale si innesta l'attività di mediazione, sia «come estraneità rispetto alle istituzioni, soprattutto se addette al controllo sociale»<sup>34</sup>. L'imparzialità, a lui riferita, sta ad indicare che egli nel conflitto tra le parti non si schiera, non prende posizione a favore dell'una o dell'altra, è imparziale rispetto alle persone, non rispetto alla comunicazione/relazione tra le parti che deve saper gestire; è imparziale dinanzi alle scelte che le parti ragionevolmente negoziano, non dinanzi alla ragionevolezza che, anzi, deve esigere dalle parti in campo<sup>35</sup>. Ma lungi dall'essere equidistante, il mediatore si trova piuttosto in una condizione di equivocanza, di equiprossimità ad entrambi i protagonisti durante l'intero percorso riconciliativo, pur rimanendo obiettivo ed equo, non è "distaccato" ma capace di comprendere le ragioni dei mediati; è in ugual maniera vicino ai confliggenti. Quanto all'indipendenza è da collegare all'assenza di pregiudizi e/o di condizionamenti nei rapporti con le istituzioni giudiziarie, nei cui confronti sussistere solo un vincolo di collaborazione funzionale e non di subordinazione gerarchica.

#### FUNZIONI E FORMAZIONE DEL MEDIATORE

A questo soggetto, terzo imparziale ed indipendente nel senso innanzi evidenziato, è affidato il compito di creare le condizioni affinché le parti, che hanno accettato di entrare in mediazione, all'interno di uno "spazio di regolazione" siano indotte ad esprimere le loro posizioni e a negoziare, per ristabilire il dialogo e trovare le basi per una pacificazione<sup>36</sup>. Tale confronto dialogico è produttivo allorquando il mediatore riesce ad individuare le cause che con-

trappongono i due confliggenti e a sviluppare una comunicazione tra loro, badando a non creare delle disparità nelle rispettive posizioni, disparità che inevitabilmente esiste, per l'asimmetria insita nella dicotomia reo-vittima, ma che non può essere accentuata.

Premesso che in forza del principio di libera partecipazione è facoltativo entrare in mediazione, come lo è proseguire la trattativa iniziata che le parti possono interrompere in qualsiasi momento, proprio il lavoro del mediatore sul processo di trasformazione e di riavvicinamento dei protagonisti può far evolvere in senso favorevole l'esito finale. La buona riuscita del confronto ed il raggiungimento dell'obiettivo finale della riconciliazione dipendono, in larga parte, dal lavoro preparatorio da lui svolto; attraverso assunzione di informazioni sul caso e colloqui individuali con ciascuna delle parti in conflitto deve saper costruire un clima di collaborazione e di fiducia, soprattutto per superare la comprensibile avversione della vittima ad incontrare l'autore del reato<sup>37</sup>.

Sotteso a questo modello "negoziale" vi è il superamento della concezione del reato (e del conseguente corollario di sanzioni penali ed effetti accessori)<sup>38</sup> come mera violazione di una norma giuridica e l'accoglimento di una visione allargata del fatto criminoso. È un nuovo approccio in cui si tiene conto delle possibili, molteplici, manifestazioni dell'offesa e dei soggetti che risentono negativamente del fatto criminoso, si tiene conto, in sintesi, della violazione dei rapporti interpersonali attinti dalla vicenda che involge interessi morali e stati emotivi. Il reato non si esaurisce in una condotta che provoca una frattura dell'ordine imposto dal diritto e che richiede una giusta pena, ma diventa espressione di una realtà molto più complessa<sup>39</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si comprende la ragione del lungo percorso di formazione teorico-pratica richiesto per svolgere il ruolo di mediatore, che non soltanto deve possedere una specifica competenza nella gestione delle dinamiche

*diateur devrait être informé de tous les faits pertinents et recevoir des autorités judiciaires compétentes tous les documents nécessaires.*

<sup>34</sup> Cfr. Patanè, *Mediazione penale*, cit., 583; la quale, peraltro, ritiene che il requisito di terzietà implichi, comunque, il rispetto di un'istanza di neutralità, in termini di estraneità del mediatore rispetto al caso trattato.

<sup>35</sup> Sul punto, ampiamente, v. Morineau, *Lo spirito della mediazione*, cit.

<sup>36</sup> Il mediatore chiede anche in che modo il reo possa impegnarsi nei confronti della vittima: si tratta di un processo di negoziazione dove la vittima può esplicitare anche che cosa gli piacerebbe ricevere dall'autore di reato come forma di risarcimento del danno subito; v. Ponti, *Tutela della vittima e mediazione penale*, *Collana di psicologia giuridica e criminale*, Milano, 1995, 76 ss.

<sup>37</sup> In argomento v., Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., 138 ss., e la bibliografia ivi riportata.

<sup>38</sup> Più si estende il ricorso allo strumento penale per la regolamentazione delle condotte umane e più si rischia di squilibrare il sistema nel suo complesso, impedendo così, per l'eccessivo carico che ne deriva, che alle astratte previsioni faccia da riscontro la concreta esecuzione della pena. Per un compiuta disamina del tema si rinvia a Mantovani, *Il vero diritto penale minimo: la riduzione della criminalità?*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005; Padovani, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981.

<sup>39</sup> Zehr, *Changing lenses*, Scottdale, 1990; individua un mutamento del paradigma retributivo che guarda al crimine come a una violazione delle leggi dello Stato e alla giustizia come distribuzione di vergogna e punizione.

conflittuali, ma deve essere in grado di comprendere le implicazioni giuridiche della singola controversia.

L'esigenza è avvertita su scala internazionale, tant'è che il Consiglio d'Europa mette in opera un attento e continuo lavoro di raccordo, di valutazione e di verifica per favorire uniformità di applicazione ed uguale fruibilità dei servizi e dei programmi di giustizia riparativa nei diversi Paesi. Della complessa funzione e degli effetti che l'attività di mediazione può produrre, in relazione alla vittima, all'autore di reato ed al sistema sociale, si tiene chiaramente conto, nella *Raccomandazione n. (99)19*, sia laddove si prevede una formazione iniziale di base, prima di assumere le funzioni, e una formazione *in itinere*, sia nei reiterati riferimenti ad uno "standard di competenze" e a procedure per la selezione, la formazione e la valutazione dei mediatori. Articolata in un percorso continuo, la formazione tende a «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»<sup>40</sup>. Nell'ottica di una strategia globale di approccio al caso concreto, viene dato rilievo anche al contesto ambientale ove si è generato il conflitto, prevedendosi che i mediatori dovrebbero essere reperiti in tutte le aree sociali e possedere una buona conoscenza delle culture locali e della comunità. L'ideale sarebbe riuscire ad elaborare *standard* formativi generali, finalizzati ad una formazione multidisciplinare, capaci di assicurare la costruzione di un'identità tecnica di elevato livello e professionalità, lontana da condizionamenti relativi a contingenti esigenze di reazione sociale in risposta a episodi criminosi.

Particolare attenzione alla formazione e alla qualità degli operatori si rinviene, altresì, nella *Risoluzione 2012/0327*: gli Stati membri provvedono a che i funzionari suscettibili di entrare in contatto con la vittima, quali gli agenti di polizia e il personale giudiziario ricevano una formazione sia generale che specialistica, di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con le vittime, che li sensibilizzi maggiormente alle esigenze di queste e dia loro gli strumenti per trattarle in modo imparziale, rispettoso e professionale<sup>41</sup>.

È di tutta evidenza, a tal punto, che, per assicurare la qualità della mediazione penale, gli Stati membri dovrebbero definire di concerto il contenuto di

alcune delle loro norme specialistiche, così da armonizzare le procedure di formazione nell'ambito delle pratiche riparatorie<sup>42</sup>, del pari sarebbe auspicabile formalizzare i comportamenti in un codice etico di condotta per i mediatori, paragonabile al codice europeo già disponibile nei settori civile e commerciale<sup>43</sup>.

#### QUALCHE SPUNTO SU PRASSI ATTUALI E PROSPETTIVE

La contestuale esplosione di procedure riparative nel mondo giuridico sono il segnale di una ricerca comune di modi di gestione dei conflitti meno repressivi e burocratici. Gli sforzi generalizzati verso l'elaborazione di modelli alternativi evidenziano un mutamento dell'ottica punitiva/retributiva: non è più accettato come assioma indefettibile il paradigma reato-pena, ma si riconosce che la lesione nascente dal reato può essere ristorata, anche senza ricorrere all'arsenale sanzionatorio statale, attraverso modalità di intervento finalizzate alla riparazione e alla riconciliazione tra le parti. La diffusione di queste prassi risponde all'esigenza deflattiva e alla necessità di fronteggiare la crisi della giustizia, ma, al contempo, si inserisce nella traiettoria di una profonda trasformazione dei rapporti Stato-cittadino, fondata sulla "deformalizzazione" del diritto in favore della mediazione fra vittima e autore del reato.

Certamente, gli interrogativi sulla funzione e sui limiti della mediazione sono perduranti, ancora incerta è la sua collocazione rispetto alla giustizia ordinaria, che (come si ricava dal preambolo della *Raccomandazione n. 19/99*) si può configurare in termini di complementarità o di alternatività<sup>44</sup> in base a scelte discrezionali che ciascuno Stato può effettuare, decidendo di implementare più o meno l'ambito operativo dell'istituto<sup>45</sup>. Né può sottacersi

<sup>42</sup> L'opportunità di linee guida e regole di conduzione dei programmi condivise sono enunciate agli artt. 20, 33 e 34, *Racc.* n. 19/99.

<sup>43</sup> Il codice, composto da quattro articoli che sanciscono alcuni principi di carattere deontologico, è stato presentato a Bruxelles il 2 luglio del 2004. Non ha "natura istituzionale" in senso tecnico, nella misura in cui la relativa redazione, seppure incoraggiata dalla Commissione, è avvenuta ad opera di un gruppo di soggetti interessati, il codice non intende interferire con le legislazioni degli Stati membri, ma è stato concepito come un modello base, che gli enti e gli organismi interessati possono integrare.

<sup>44</sup> In applicazione dell'art. 15.b dello Statuto del Consiglio d'Europa: «Notant que les Etats membres tendent de plus en plus à recourir à la médiation en matière pénale, une option souple, axée sur le règlement du problème et l'implication des parties, en complément ou en tant qu'alternative à la procédure pénale traditionnelle».

<sup>45</sup> La scelta dipende, in larga parte, dal canone dell'obbligatorietà o della discrezionalità dell'azione penale. Sulla compa-

<sup>40</sup> *Raccomandazione n. 19/99 V. 2. Qualification et formation des médiateurs*, punti 22-24.

<sup>41</sup> Capo V – Formazione degli operatori.

che ai vantaggi di questa giustizia si possa associare, come paventato<sup>46</sup>, il rischio che potenti *lobby* riescano a trasformare i meccanismi di *alternative dispute resolution* in un sistema di “giustizia privata” gestito dai loro tecnici e professionisti, atto favorire gli interessi di banche, assicurazioni e *corporation* rispetto alle parti più deboli.

Ciò nonostante, è innegabile che l'Europa persegua la strada delle soluzioni alternative, l'ultima conferma proviene dal *Rapporto 2012* della CEPEJ, «*Sull'efficienza e la qualità della giustizia*», ove si evidenzia che in ventinove stati della Comunità vengono applicate forme, più o meno ampie, di mediazione penale<sup>47</sup>. Si assiste ad un diffuso arretramento della frontiera tra pubblico e privato a favore di meccanismi alternativi, il cui dosaggio normativo, all'interno dei sistemi giudiziari, è rimesso alla discrezionalità dei singoli Paesi, che possono applicarlo, a loro scelta, in “dosi omeopatiche” o in maniera più ampia.

Di conseguenza, le prassi mediatricie sono diverse in ciascun ordinamento e le differenziate realtà

---

tibilità con il nostro sistema, per tutti v. Galantini, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, AA.VV., *Verso una giustizia*, cit., 238-23; Patanè, *La mediazione*, cit., 575. Del resto, come ribadito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale già nella sentenza del 28 gennaio 1991, n. 88, l'obbligatorietà dell'azione penale trova un limite implicito nell'oggettiva superfluità del processo.

<sup>46</sup> Si vedano le considerazioni di Mattei-Nader-Plunder, *Wen the rule of law is illegal*, Oxford – Victoria, 2008; riprese da Manozzi, *La giustizia riparativa*, cit., 53.

<sup>47</sup> Cfr., *Les etudes de la CEPEJ*, n. 18, *Sistemes judiciaries europeens*, 6, 137-150.

danno vita ad un eterogeneo universo nel quale è difficile configurare un modello generale da considerarsi paradigmatico, ma dal quadro complessivo emerge che, qualsiasi strada venga percorsa, il ruolo del mediatore rappresenta l'elemento eliocentrico intorno al quale ruota il raggiungimento della finalità riconciliativa. Infatti, nella variegata realtà dei programmi di mediazione<sup>48</sup>, si individua un minimo comun denominatore: il coinvolgimento diretto della persona offesa e del reo alla presenza di un soggetto indipendente e neutrale, deputato a temperare e guidare il confronto senza imporre loro alcuna decisione, ma supportandoli nel complesso percorso verso la riconciliazione.

Spetta al mediatore promuovere la ricomposizione dei rapporti intersoggettivi, innescando un virtuoso processo di responsabilizzazione nel reo, che lo porti ad esprimere il pentimento e il desiderio di riparare al danno, e di rielaborazione delle emozioni nella vittima; il mutato atteggiamento di quest'ultima, e di riflesso della società, circa la futura condotta del reo, può condurre alla riconciliazione e alla ricomposizione della lacerazione sociale provocata dal delitto, contribuendo al senso di sicurezza collettiva.

---

<sup>48</sup> I programmi riparativi, a loro volta, conoscono numerose varianti applicative. Possono avere come destinatari specifici imputati minorenni nel qual caso prevale la componente rieducativa, oppure possono essere indirizzati ad autori dei reati adulti e in tal caso prevale la componente riparativa, altri ancora possono essere distinti in base al tipo e alla gravità del reato su cui sono destinati ad intervenire.