Ugo Pioletti

Professore incaricato di Diritto penale dell’economia

nell’Università degli Studi di Camerino

Avvocato in Roma

**La mediazione penale**

Il concetto di mediazione richiama come tale l’attività di un soggetto terzo rispetto a due o più parti in conflitto che induca le stesse all’accettazione spontanea della norma o alla rinuncia, anche reciproca ed anche parziale, di diritti o comunque di situazioni soggettive di vantaggio nei confronti dell’altra parte.

L’idea di mediazione sembra pertanto appropriata quasi esclusivamente con riferimento al settore del diritto civile.

L’esperienza del diritto privato, infatti, è dominata dall’idea di disponibilità: il titolare del diritto soggettivo è arbitro della propria situazione soggettiva, decide – col solo limite della prescrizione - non solo quando farla valere coattivamente ma può anche rinunciarvi in tutto o in parte.

Diverso è il caso del diritto penale che appare dominato dall’officialità e dall’irrefragabilità e che viene definito comunemente come diritto pubblico per eccellenza.

In questo senso, mentre le norme di diritto privato prevedono in via di principio delle facoltà di cui il singolo è unico arbitro, le norme del diritto penale prevedono invece in via di principio degli obblighi assoluti di cui neanche la pubblica autorità può disporre.

Tale rigidità – in effetti, come si vedrà, “ingombrante” – è, da un lato, il frutto del meccanismo di funzionamento del diritto penale, da un altro il portato di una evoluzione storica.

La teoria generale del diritto sta lentamente abbandonando, nella definizione del concetto di norma giuridica, la dicotomia tra un concetto logico imperativistico di norma (norma come proposizione condizionale: “se A allora B”) ed un concetto istituzionalista (ubi societas ibi jus); entrambe le concezioni infatti colgono solo alcuni aspetti dell’esperienza giuridica (la prima il meccanismo logico di applicazione della norma, la seconda la sua rilevanza sociale e non solo individuale), ma non riescono a dare conto delle ragioni sia individuali che sociali dell’esistenza delle norme giuridiche stesse e del loro scopo comune.

Come era stato già esattamente colto dai c.d. “imperativisti”, la norma non può essere concepita senza la sanzione, intesa questa ultima, ovviamente, come conseguenza giuridica[[1]](#footnote-1).

Ciò che ancora non emergeva nelle teorie “imperativistiche” ed “itituzionalistiche” è però la ragione e la funzione della “sanzione” in *ogni* norma giuridica, non solo in quelle penali.

La sanzione costituisce il “meccanismo immunitario” - o la garanzia di sopravvivenza - della norma stessa.

Se si concepisce la norma come aspettativa di tipo “rigido”, una aspettativa, cioè, che non tollera delusioni, ci si può avvicinare maggiormente alla ragione della esistenza delle sanzioni giuridiche.

Prima di affrontare brevemente il tema della sanzione giuridiche è bene accennare che nell’esperienza invidiale e sociale, accanto alle aspettative di tipo meramente cognitivo, sono ineliminabili, pena la perdita di orientamento del soggetto e dell’”ordine sociale”, aspettative di tipo rigido o normativo, aspettative cioè che né il soggetto né la società sono disposti ad abbandonare nel caso esse vengano violate; si tratta appunto delle norme giuridiche[[2]](#footnote-2).

La sanzione giuridica ha appunto lo scopo di ripristinare l’aspettativa violata, ed il diritto stesso fornisce gli strumenti per il ripristino coatto dell’aspettativa delusa.

In alcuni casi l’aspettativa può essere ripristinata per equivalente (o per forma specifica): è il caso tipico del diritto civile con il risarcimento del danno e le restituzioni.

In altri casi si può privare di effetti l’atto contra jus; anche qui l’aspettativa viene ripristinata in senso concreto ed individuale.

Vi sono casi però in cui l’aspettativa violata non può essere ripristinata adeguatamente per equivalente per via della irreversibilità e della gravità di quanto accaduto (si pensi all’omicidio), oppure perché non si può individuare un danno risarcibile vero e proprio e tuttavia permane il bisogno di mantenere aspettative di tipo rigido o normativo (si pensi alle violazioni – non solo penali – di pericolo astratto).

In questi casi interviene solitamente la norma, o, meglio la sanzione penale, essa non ripristina più l’aspettativa disattesa in senso concreto (come avviene nelle sanzioni restitutorie o risarcitorie, ma anche in quelle di annullamento), ma la ripristina in maniera mediata, o, in altri termini, simbolico comunicativa: il violatore della norma appare come sconfitto rispetto a coloro che invece alla norma si attenevano.

Qui l’attenzione si concentra sul violatore della norma piuttosto che su colui che ha subito nel concreto la violazione. Mentre la sanzione civilistica del risarcimento ha di mira il ripristino della situazione quo ante con riferimento al titolare dell’aspettativa violata e la situazione soggettiva di svantaggio in capo all’obbligato al risarcimento assume una posizione di mero corollario non necessario (l’obbligazione può, per esempio, essere accollata da un terzo che libera in tal modo il debitore; ciò non può avvenire con la pena), nel diritto penale assume rilevanza centrale ed indispensabile proprio la situazione di svantaggio (o, se si vuole, di sofferenza) del violatore della norma.

Non è certamente un caso che tutti i tentativi di costruire dommaticamente le vicende penali sostanziali facendo ricorso allo strumentario concettuale (di origine, appunto, civilistica) del “rapporto giuridico” - utilizzato in tutti gli altri settori del diritto, compreso quello processuale e pubblico - non abbiano avuto successo nel diritto penale, la cui dommatica, invece che su un “rapporto”, si concentra sul soggetto, sul fatto e sulle conseguenze giuridiche.

Questo particolare meccanismo di funzionamento della norma penale (ed in genere di ogni norma punitiva) rispetto alle norme extrapenali spiega molte delle peculiarità che differenziano così nettamente il diritto penale dagli altri settori del diritto.

La caratteristica di extrema ratio del diritto penale si spiega appunto con la circostanza che lo stesso, operando tramite la punizione del violatore, guarda solo al passato e non ha come oggetto il ripristino delle situazioni di vantaggio venute meno a seguito di situazioni antigiuridiche.

Anche l’accentuazione del carattere pubblicistico del diritto penale, con i requisiti sopra ricordati della ufficialità e della irrefragabilità, dà ragione del suo carattere comunicativo sociale: gli effetti della sanzione nel diritto penale sono, almeno tendenzialmente, spiccatamente dichiarativi; essi si riverberano al di là della singola vittima (talvolta inesistente, si pensi, per es. ai c.d. reati senza vittima) che ha visto delusa la propria aspettativa di comportamento conforme alla norma per assumere valore dichiarativo – “di principio” - rispetto all’intero corpo sociale che ha percepito la violazione della norma.

Si è prima accennato alle ragioni storiche della differenziazione funzionale fra diritto penale e civile ed alla conseguente accentuata “rigidità” od “inelasticità” del diritto penale.

In effetti gli ordinamenti più arcaici, dotati di organizzazioni collettive – o “statuali” – molto più rudimentali di quelle moderne, non conoscevano la separazione, sostanziale e processuale, fra diritto civile e penale. La violazione della norma dava luogo ad un conflitto che veniva affrontato e risolto con una forma processuale unica ed in cui si fronteggiavano davanti a un organo giudicante da un lato un attore-vittima e da un altro un convenuto-imputato e che poteva concludersi con l’utilizzo di strumenti “misti”. Ancora oggi, come è noto, gli studiosi del diritto romano discutono se alcuni sanzioni contenute nel diritto romano arcaico (si pensi alla sanzione di sacertà contenuta nelle dodici tavole) possano qualificarsi come civili o come penali o non possano piuttosto rappresentare delle alternative punitive o risarcitorie.

E’ evidente che in tali ordinamenti la conclusione mediata del procedimento era ben possibile se non addirittura frequente.

L’evoluzione successiva delle forme processuali è nota; con la cognitio extra ordinem la materia penale si separa da quella civile, l’organizzazione statuale più complessa ed efficiente si accompagna con l’insorgere degli organi della repressione penale, appare la figura della parte pubblica o del pubblico inquisitore, il processo penale si differenzia sempre più da quello civile e con esso il diritto penale in genere che diventa sempre più diritto “pubblico”, caratterizzato dai noti requisiti della officialità, della obbligatorietà e della irrefragabilità.

Le sopra accennate caratteristiche di rigidità del diritto penale sono pur tuttavia, sin dal suo inizio, temperate da alcuni istituti che aprono spazi di “mediazione” fra autore del reato e vittima dello stesso e che attenuano la differenza, a prima vista così radicale, fra il diritto penale ed il diritto civile.

Del resto, e non da oggi, è stato sottolineato che le sanzioni risarcitorie contengono in sé anche un profilo afflittivo che colpisce il violatore della norma e pertanto, come tali, concorrono con la finalità della pena.

Da tali considerazioni, dall’esigenza di privilegiare le esigenze di vita positive della vittima che si esprimono nel risarcimento rispetto a quelle “di principio”che si esprimono nella punizione del reo e, non da ultimo, dall’esigenza di evitare una sorta di “doppia punizione” del colpevole che adempia agli obblighi risarcitori, è nata una corrente di pensiero, che si esprime nella formula “risarcimento in luogo della pena”[[3]](#footnote-3).

L’attenzione nei confronti delle aspettative risarcitorie della vittima, il carico giudiziario eccessivo, l’“ipertrofia” del diritto penale, sono certamente ragioni che indicono vieppiù alla ricerca di alternative “concordate” o “mediate” alla sanzione penale o addirittura al processo penale.

Il più risalente, il più noto ed il più utilizzato di tali istituti è quello della **procedibilità a querela di parte**.

La querela - con meccanismi in parte simili a quelli degli istituti civilistici - permette non solo una selezione del penalmente rilevante filtrata dalla vittima, ma consente anche la “definizione anticipata” del processo penale “per accordo delle parti” e la conseguente effettività di una alternativa risarcitoria alla sanzione penale: come è noto la minaccia di proposizione di querela in caso di inadempimento (sempre, ovviamente, che inadempimento e fatto di reato siano “omogenei”) non costituisce minaccia estorsiva ed è assimilabile alla minaccia di proposizione di azione giudiziaria in sede civile.

 La non omogeneità dei beni in gioco – la condanna penale da un alto e la somma da pagare a titolo di risarcimento – costituiscono però, come è noto, nella pratica un grave ostacolo ad una giusta composizione del conflitto fra autore di un reato e persona offesa.

Il disvalore sociale ed individuale rappresentato da una condanna penale può portare a richieste di risarcimento sproporzionate rispetto all’effettivo danno subito, e ciò tenuto conto che spesso il danno subito è di tipo non patrimoniale e come tale soggetto a valutazione equitativa. In altri termini non è infrequente che la chiusura della vicenda penale avvenga al prezzo di pagamento di somme risarcitorie al limite della estorsione, oppure, proprio per l’eccessività della somma richiesta ed il conseguente rifiuto di pagamento da parte del querelato, rimangano aperti procedimenti penali che, in caso di richieste eque, avrebbero condotto ad una rapida sentenza di proscioglimento per remissione della querela da parte della persona offesa risarcita.

 La soluzione di tale problema potrebbe risiedere nella possibilità da parte del querelato di adire ad un organo terzo che possa stabilite autoritativamente e dopo un tentativo di mediazione con il querelante, il giusto ammontare del risarcimento, laddove, magari solo per alcuni reati, il pagamento, o l’offerta reale, potrebbero determinare l’estinzione del reato.

 Una soluzione simile è stata come è noto attuata con il procedimento davanti al **Giudice di Pace** (D.L.vo 28 agosto 2000, n. 274).

 Il giudice di pace ha in sé una funzione conciliativa per tutto il procedimento durante il quale “*deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti*” (art. 2, comma 2). Ed in effetti, la maggior parte dei reati di competenza di questo organo giurisdizionale sono procedibili a querela.

 L’obbligo di favorire la conciliazione, che, come detto, *sussiste per l’intero procedimento*, è richiamato in maniera rafforzata nella disciplina del giudizio ed è il primo atto che il Giudice deve compiere dopo la costituzione delle parti e prima dell’apertura del dibattimento laddove il legislatore ha sottolineato la funzione *attiva* di “mediatore” del giudice che deve infatti *promuovere* la conciliazione delle parti (art. 29, comma 4).

 A questo proposito deve essere osservato che l’avere imposto *al giudice* un ruolo attivo di mediazione all’inizio del dibattimento, quando ancora egli non conosce gli atti ma solo il capo di imputazione, può risultare improprio ed esporre il giudice stesso al rischio di anticipare il giudizio e pertanto di rendersi incompatibile con l’ulteriore attività processuale[[4]](#footnote-4).

 Più opportuno e processualmente corretto sarebbe stato assegnare il compito di svolgere un’attività di mediazione ad un organo *diverso* dal giudice e che non partecipi ad una eventuale futura decisione giudiziale e che possa prenda visione di tutti gli atti del procedimento[[5]](#footnote-5).

 Il giudice, per promuovere la conciliazione, “*può avvalersi anche dell’attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio*” (art. 29, comma 4).

 Tale lodevole previsione rimane poco più che una dichiarazione di intenti giacché di tali centri e strutture si trova poca traccia nella pratica e pertanto nessuna nella giurisprudenza.

 La giurisprudenza ha peraltro operato notevoli sforzi in senso deflativo dando notevole rilievo - nel senso di un “favor remissionis” - alla condotta processuale del querelato e del querelante.

 Con riferimento al comportamento processuale del querelante la Cassazione ha affermato di recente che “*deve ritenersi tacitamente rimessa la querela qualora la persona offesa non compaia all’udienza per l’espletamento del tentativo di conciliazione dopo essere stata previamente e specificamente avvisato che la sua assenza sarebbe stata interpretata in tal senso*” (**Cass. pen., n. 20018, Sez. 4, 2.4.08-19.5.08, Rv. 240167, Aleci ed altro**)[[6]](#footnote-6).

Per quanto riguarda il querelato la Cassazione ha affermato che “*anche la contumacia dell’imputato può essere apprezzata*”, in assenza di altri elementi, “*quale indice dell’assenza della volontà di coltivare il processo per giungere alla rilevazione della propria innocenza*” e che pertanto, “*nel procedimento davanti al giudice di pace, ai fini della remissione della querela, non è indispensabile l’accettazione del querelato*” (**Cass. pen., Sez. 5, n. 4696, 5.12.08-3.2.09, Rv. 242618, Zatti**).

 Fino a questo punto il procedimento innanzi al Giudice di Pace non differisce sostanzialmente da quello innanzi al Tribunale in composizione monocratica; anche in quest’ultima sede, infatti, il Giudice ha l’obbligo, se non di “*promuovere*”, comunque di *verificare* “*se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione*” (art. 555, comma 3, c.p.p.).

 Dove invece il procedimento innanzi al Giudice di Pace differisce notevolmente da quello innanzi al Tribunale è nella ampliata possibilità di dichiarare estinto il reato in ragione dei rapporti fra l’autore dello stesso e la persona offesa ed in ragione di condotte riparatorie.

 La prima ipotesi di estinzione – che prescinde da condotte riparatorie ma che prende comunque in considerazione i rapporti fra il colpevole e l’offeso – è limitata ai *fatti di particolare tenuità*.

Il fatto di particolare tenuità è definito dall’art. 34, comma 1, con l’utilizzo di parametri oggettivi (interesse tutelato, esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato), soggettivi (occasionalità e grado di colpevolezza) e di prevenzione speciale (pregiudizio che l’ulteriore corso del procedimento può arrecare a determinate esigenze dell’indagato o dell’imputato).

 L’estinzione del reato per particolare tenuità del fatto *nei reati in cui sia identificabile una persona offesa* è subordinata nel corso delle indagini ad una ricognizione da parte del Pubblico Ministero alla non risultanza di un interesse da parte della persona offesa alla prosecuzione del procedimento (art. 34, comma 2). Dopo l’esercizio dell’azione penale l’estinzione del reato per particolare tenuità del fatto è dichiarata con sentenza “*solo se l’imputato e la persona offesa non si oppongono*” (art. 34, comma 3)[[7]](#footnote-7).

 E’ da ritenere, proprio in forza del principio generale enunciato dall’art. 2 comma 2, secondo il quale il Giudice – e pertanto anche il Pubblico Ministero – “*deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione delle parti*”, sia il Pubblico Ministero nel corso delle indagini, che il Giudice in udienza debbano svolgere un ruolo attivo di mediatori fra le parti.

 Per quanto riguarda peraltro l’attività di promozione della conciliazione da parte del Giudice valgono qui le perplessità in ordine al pericolo di una anticipazione del giudizio espresse sopra in sede di commento dell’art. 29, comma 4.

 Anche per l’ipotesi di estinzione del reato per particolare tenuità del fatto la giurisprudenza pare seguire una tendenza favorevole ad agevolare il proscioglimento dell’imputato in caso di inattività della persona offesa, parallelamente a quanto già rilevato sopra in ordine al comportamento processuale del querelante e del querelato in relazione alla remissione della querela ed alla accettazione della remissione stessa.

In questo senso è stato infatti di recente stabilito dalla Corte di Cassazione, in relazione all’ipotesi di proscioglimento per particolare tenuità del fatto prevista dall’art. 34, comma 3 (proscioglimento in udienza con sentenza se l’imputato e la persona offesa non si oppongono), che “*la mancata comparizione della persona offesa all’udienza deve ritenersi espressione della volontà di rinunciare all’esercizio di tutte le facoltà consentite dalla legge, compresa quella di opporsi alla dichiarazione di non procedibilità dell’azione per la particolare tenuità del fatto*” (**Cass., sez. 5, n. 9700, 5.12.08-3.3.09, Rv. 242971, Arhni; in senso contrario v. però n. 16689 del 2004 Rv. 229860**).

La tendenza “conciliativa” che si esprime con la sostituzione della pena con il risarcimento trova esplicazione più compiuta nell’art. 35 del citato D.L.vo che prevede l’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie.

Nell’ipotesi prevista dalla disposizione sopra citata l’effetto estintivo del risarcimento si esplica prescindendo dalla volontà della persona offesa – che deve essere solo “sentita”. In tal modo si evitano gli inconvenienti insiti nel meccanismo della remissione della querela e che lasciano troppo potere al querelante e di cui si è già detto sopra.

In questo senso è stato esattamente precisato che anche l’*offerta reale* da parte dell’imputato, quando ovviamente ritenuta idonea a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione,nonché congrua, dal Giudice, pur in presenza del rifiuto dell’offerta da parte della persona offesa, è idonea a costituire condotta riparatoria esplicativa di effetti estintivi (**Cass. pen., sez. 5, n. 14070, 24.3.05-15.4.05, Rv. 231777, Testa**, giurisprudenza costante, v. da ultimo, **Cass. pen., n. 36561, 18.6.08-23.9.08, Rv- 241957, Ilmer**).

Poiché però il dovere di valutare la congruità del risarcimento (o comunque delle condotte riparatorie), nonché la sua idoneità a soddisfare esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione, è lasciato allo stesso organo giudicante che dovrà procedere a deliberare nel merito in caso di incongruità del risarcimento stesso e di sua inidoneità e non ad un organismo terzo, ed inoltre, per favorire “l’economia processuale”, è stato previsto che l’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie possa essere dichiarata solo se la riparazione è già avvenuta “*prima dell’udienza di comparizione*” (art. 35, comma 1) o comunque è stata richiesta dall’imputato “*di poter provvedere agli adempimenti*” “*nell’udienza di comparizione*” (art. 35, comma 3), si pongono anche qui gli stessi problemi di possibile compromissione della terzietà del giudice sotto forma di una anticipazione del giudizio che sono stati già sopra enunciati per gli istituti della promozione della conciliazione e per quello della estinzione del reato nei casi di particolare tenuità del fatto.

La possibilità poi che l’attività risarcitoria e riparatoria venga considerata non congrua e non idonea a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione dallo stessa persona che dovrà provvedere al giudizio nel merito in caso di rigetto dell’istanza, non costituisce certo un incentivo per l’accesso all’istituto de quo da parte dell’imputato.

Più opportuno sarebbe stato deferire il giudizio sulla congruità e sulla idoneità, nonché l’attività di mediazione e di conciliazione tra le parti, ad un organismo terzo che possa prendere visione di tutti gli atti del procedimento e che esprima un parere vincolante ed inoltre attribuire al giudice il potere di dichiarare estinto il reato a seguito di intervenuta idonea condotta riparatoria in ogni stato e grado del procedimento.

In relazione alle posizioni della giurisprudenza di legittimità sull’istituto sopra descritto, si può segnalare che, nel complesso, la stessa sembra muoversi in una direzione ispirata alla prevalenza della tutela concreta degli interessi della vittima sui “bisogni” di concreta ed effettiva punizione del colpevole.

In questo senso è stato stabilito di recente che l’operatività della causa estintiva “*non è subordinata alla circostanza che il risarcimento sia riconducibile direttamente e personalmente all’imputato*”, cosicché, per esempio, è da riconoscere rilevante ai fini della sussistenza della causa di estinzione, il risarcimento operato dalla compagnia di assicurazione (**Cass., sez. 4, n. 15248, 29.2.08-11.4.08, Rv. 240212, Giorgi**).

In altra decisione, peraltro, la stessa Corte, ha utilizza le ragioni classiche del diritto penale visto in senso proprio come diritto che si occupa in via primaria - e spesso assorbente - della valutazione oggettiva del significato della condotta del reo. Ed infatti, nel dare ragione della norma che fissa il termine, quale sbarramento insuperabile, della condotta riparatoria con effetti estintivi nella “udienza di comparizione”, col solo limite della possibilità di proroga di cui al comma 3 dell’art. 35, è stato di recente affermato che tale previsione si giustifica con la circostanza che “*detto termine è preordinato ad assicurare la spontaneità della condotta riparatrice e ad escludere che essa sia il risultato di contingenti calcoli processuali successivi all’espletamento dell’istruttoria dibattimentale*” (**Cass., sez. 5, n. 41297, 26.9.08-5.11.08, Rv. 241600, Roman e altro**).

Si tratta certamente di una decisione aderente alla lettera ed anche allo spirito dell’istituto così come attualmente concepito dal diritto vigente. Ciò ovviamente non esclude che, nello spirito di un diritto penale che si ispiri, in relazione a fatti di minore e media gravità, alla prevalenza della soddisfazione dei legittimi interessi della vittima rispetto all’“astratta” – od “oggettiva” -affermazione di principio che si esprime nella punizione del colpevole, futuri interventi di riforma possano rimuovere il predetto limite temporale alla esplicazione degli effetti estintivi conseguenti alle condotte riparatorie.

 E del resto la tendenza espansiva dell’istituto della estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie è confermata da coeva sentenza della Suprema Corte che ha deciso nel senso che l’inosservanza di detto termine (adempimento riparatorio *prima* dell’udienza di comparizione) “*non determina alcuna nullità o decadenza non essendo tali sanzioni previste espressamente dall’art. 173 c.p.p., né potendo il giudice qualificare perentorio un termine che la legge non definisce espressamente tale*” (**Cass. pen., sez., 5, n. 27392, 6.6.08-4.7.08, Rv. 241173, Di Rienzo**).

 La qualificazione del termine di cui sopra come ordinatorio (se verrà ulteriormente confermata dalla giurisprudenza) associata al dovere del Giudice di Pace di *promuovere* la conciliazione fra le parti e quindi di svolgere in tal senso un ruolo attivo, potrà certamente portare ad accrescere ulteriormente il numero dei procedimenti innanzi al Giudice di Pace definiti per estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie, magari operate per mezzo di offerta reale, laddove permane ancora il grave inconveniente determinato dalla confusione nello stesso soggetto della figura del mediatore, come tale dotato del potere di valutare l’idoneità e la congruità dell’offerta, e quella del giudice investito della potestà punitiva.

 Anche la disciplina della c.d. **oblazione discrezionale** (art. 162 bis c.p.)[[8]](#footnote-8), si incentra su un elemento di natura riparatoria: l’effetto estintivo è infatti condizionato alla eliminazione da parte del contravventore delle conseguenze dannose o pericolose del reato (art. 162 bis, terzo comma, c.p.).

 La necessità di una separazione organica e funzionale del mediatore rispetto al giudice viene di frequente sottolineata con riferimento alla **giustizia minorile**. In questo settore, a seguito anche di raccomandazioni del Consiglio d’Europa, si segnala la presenza di “Uffici” o “Centri per la mediazione penale” in alcuni Comuni italiani.

 Tali attività di mediazione trovano però un ingresso mediato nel procedimento minorile in quanto i risultati della stessa possono venire acquisiti liberamente dal giudice e dal pubblico ministero nell’ambito degli accertamenti sulla personalità del minorenne (art. 9, comma 2, D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448).

 Ulteriore spazio, per ora informale, di mediazione è offerto dalla possibilità di pronunciare sentenza di non luogo al procedere per irrilevanza del fatto “*sentiti*” in camera di consiglio “*il minorenne e l’esercente la potestà dei genitori, nonché la persona offesa dal reato*” (art. 27, comma 1 e 2).

 Si deve infine segnalare, sempre per il procedimento minorile, l’istituto della sospensione del processo e della messa alla prova (art. 28 e 29) dove il giudice può “*impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa del reato*” (art. 28, comma 2). Anche in questo caso, l’esito positivo della conciliazione può dare luogo alla estinzione del reato (art. 29).

 Sono poi presenti nell’ordinamento penale numerose ipotesi nelle quali il comportamento resipiscente del reo nei confronti della vittima viene valutato non in senso liberatorio ma comunque quale **circostanza attenuante** a favore del colpevole[[9]](#footnote-9).

 Si va , nella parte generale, dalle disposizioni in tema di recesso attivo, alla previsione della circostanza attenuante comune del risarcimento del danno a quella, per fare solo un esempio nella parte speciale, relativa alla condotta tesa alla liberazione del sequestrato nel delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.).

 Un breve accenno in questo senso meritano le disposizioni contenute nel D.L.vo 8 giugno 2001, n. 231 sulla **disciplina della responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche**.

 A conferma di una tendenza generale nel senso di assegnare sempre maggiore rilievo alle esigenze risarcitorie nell’ambito della giustizia “punitiva”, il legislatore del 2001 ha previsto una circostanza attenuante ad effetto speciale relativa al risarcimento del danno ed all’eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato (art. 12, comma 2 lett. a).

 Le sanzioni più gravi previste in tema di responsabilità degli enti, quelle interdittive, poi, non si applicano nel caso in cui l’ente non solo abbia risarcito il danno ed eliminato le conseguenze del reato ma si sia dotato successivamente di modelli organizzativi idonei ed inoltre abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (art. 17).

 Anche in questo caso l’effettività di sanzioni di tipo risarcitorio o comunque reintegrativo in senso concreto ed individuale della situazione conforme al diritto fanno aggio – sia pure solo in parte – su sanzioni “penali” o comunque di tipo punitivo.

 L’attività di conciliazione e mediazione può avere notevole sviluppo in tema di responsabilità “amministrativa” degli enti al fine di “monetarizzare” la sanzione[[10]](#footnote-10), evitare le sanzioni interdittive[[11]](#footnote-11), e tutelare al meglio le parti offese.

 Si può forse affermare al termine di questa breve panoramica sugli spazi di “mediazione” e di “composizione” presenti nel vigente ordinamento penale che si segnala certamente una tendenza al recupero di “soluzioni” o “strumenti sanzionatori” di tipo non punitivo ma risarcitorio e comunque reintegrativo della situazione conforme al diritto *all’interno* del sistema penale stesso. Ciò avviene non in aggiunta alla sanzione punitiva, ma *in alternativa* – anche se, in alcuni casi, solo parziale - ad essa.

 Ciò di cui si deve segnalare la carenza è l’assenza di organismi di mediazione (se si eccettuano i “Centri” citati in tema di giustizia minorile) capillarmente diffusi ed organizzati e, soprattutto, il loro mancato riconoscimento

istituzionale e procedimentale all’interno della normativa in materia penale; un riconoscimento normativo che farebbe uscire la mediazione penale da un vago spontaneismo e darebbe ingresso giuridico in senso compiuto a tale attività nell’ordinamento penale.

1. Anche le sanzioni impeditive o di annullamento operano una sorta di ripristino della aspettativa per equivalente: l’atto giuridico “contra jus”, ossia nullo , annullabile, o inammissbile, l’atto giuridico cioè che ha violato una aspettativa normativa, cessa di avere effetti. [↑](#footnote-ref-1)
2. Esistono anche altre “norme sociali” oltre a quelle giuridiche (quelle per es. della “buona educazione” o della moralità sociale diffusa, esse però, a differenza delle norme giuridiche, sono prive di un meccanismo istituzionalizzato preposto per la loro applicazione. [↑](#footnote-ref-2)
3. V. sul punto, per tutti, ROXIN. La formula riecheggia quella della “terapia in luogo della pena” (laddove si indicavano le alternative di recupero individuale rispetto alla pena nei confronti dei condannati tossicodipendenti per fatti legati al loro stato che esprimessero il desiderio di uscire dalla tossicodipendenza stessa. [↑](#footnote-ref-3)
4. Diverso, ovviamente, il caso in cui tale ruolo venisse attribuito al PM. [↑](#footnote-ref-4)
5. Durante tutta la fase di mediazione, inoltre, dovrebbe prevedersi la sospensione della decorrenza del termine prescrizionale. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentenza coeva ha però affermato che “*la mancata comparizione del querelante all’udienza dibattimentale, fuori dell’ipotesi di ricorso immediato al giudice, non può essere interpretata come remissione tacita della querela*”: **Cass. pen. sez. 4, n. 17663, 13.3.08-5.5.08, Rv. 240166, Faraci**. [↑](#footnote-ref-6)
7. Per i reati di pericolo astratto o presunto, per i quali non è prevista una persona offesa che possa essere sentita, quale il reato di guida in stato di ebbrezza, la giurisprudenza ritiene applicabili, in caso di particolare tenuità del fatto, le fattispecie estintive: in tal senso, di recente, **Cass. pen., sez. 4, n. 12350, 31.1.08-20.3.08, Rv. 239226, Ciao**. In senso contrario **Cass. pen. Sez. 3 , n. 23114, 19.4.07-14.6.07, Rv. 237069, Fonti**, secondo la quale i parametri di gravità previsti dal’art. 34, comma 1, non sarebbero applicabili alla fattispecie de qua “*ove la legge prende in considerazione il mero fatto della circolazione su una pubblica via*” in stato di ebbrezza. [↑](#footnote-ref-7)
8. Tale istituto sembra trovare favore crescente da parte del legislatore nel diritto penale dell’impresa (per es. in materia ambientale) perché consente di “monetarizzare” la sanzione ed ha il vantaggio, rispetto all’utilizzo dello strumento dell’illecito amministrativo, di prevedere appunto un meccanismo efficace di tutela e di ristoro degli interessi danneggiati dall’illecito. [↑](#footnote-ref-8)
9. Non ci si sofferma in questa sede su quegli istituti (in particolare il c.d. “patteggiamento” e giudizio abbreviato) ispirati in maniera assorbente da esigenze di celerità processuale. Sul punto si deve solo segnalare un atteggiamento ancora non univoco del legislatore proprio in tema di giudizio di appello dove è stato di recente esclusa la possibilità del c.d. “patteggiamento in appello” (art. 2, comma 1; D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, nella L. 24 luglio 2008, n. 125, che ha abrogato i commi 4 e 5 dell’art. 599 c.p.p), laddove, invece, sembra che lo stesso istituto del “patteggiamento” incontri il favore legislativo atteso che l’art. 1, commi 1 e 1 bis, L. 12 giugno 2003, n. 134, ha sostituito il comma 1 dell’art. 444 c.p.p. estendendo il limite della pena “patteggiabile” da due a cinque anni. [↑](#footnote-ref-9)
10. Nel caso delle persone giuridiche tale operazione incontra difficoltà e presenta problemi pur sempre presenti ma minori rispetto ad analoga operazione nei confronti delle persone fisiche. [↑](#footnote-ref-10)
11. Queste ultime possono comportare, in caso di imprese comunque “sane”, costi drammatici di natura economica e sociale. [↑](#footnote-ref-11)