**INDICE**

**INTRODUZIONE**

1. **BREVI CENNI SUL PROCESSO PENALE E SUL PROCESSO PENALE MINORILE**
   1. La mediazione penale e la spinta della legislazione sovranazionale
2. **INQUADRAMENTO DELLA MEDIAZIONE PENALE NELLA FASE INIZIALE DEL PROCEDIMENTO PENALE**
   1. L’obbligatorietà dell’azione penale
   2. La difficoltà della mediazione ad inserirsi nella fase iniziale del procedimento penale
   3. Uno sguardo verso altre esperienze europee
3. **INQUADRAMENTO DELLA MEDIAZIONE PENALE NELLA FASE FINALE DEL PROCEDIMENTO PENALE**
   1. La finalità della pena nell’Ordinamento giuridico italiano
   2. Il risultato della mediazione
   3. Confronto e conclusioni

**INTRODUZIONE**

L’Equilibrio è una grande aspirazione dell’uomo, oltre ad essere una costante di ogni era, soprattutto allorquando è stato frustrato dalle pretese di imposizione dei grandi poteri e dalle manie di grandezza di personaggi di spicco.   
 Eppure è sempre esistita una fase di riassestamento, ai confini dell’inizio della storia, in cui tutti esigevano tangibili segni di pace dopo il conflitto, dopo il disordine, dopo la rivoluzione.   
 Non sempre i mezzi per ristabilire l’armonia sono state le aule di giustizia, se pur spesso investite del grande compito di ridare un riassetto alla società attraverso le pronunce giurisdizionali.   
 Invero, se si pensa che non tutti i misfatti più famosi della storia sono stati sottoposti al vaglio di un organo giudicante, ci si dovrebbe stranire rilevando che, invece, attualmente è difficile pensare che un evento turbante la quiete sociale, quale il reato, non diventi oggetto di giudizio penale, unico addetto a tutelare l’ordine.   
 Ma siamo proprio certi che sia questa l’unica strada da percorrere per il riequilibrio dopo il conflitto penale? Può la macchina processuale essere infallibile, rispettosa di tutte le finalità che il nostro Ordinamento si prefigge di garantire?   
 Può esistere un modello di Giustizia in cui non ci debba essere necessariamente la decretazione di un vincitore e di un vinto per ritendere alla ristabilizzazione sociale?   
 E’ probabile che il percorso di maturazione che la Giustizia ha compiuto al passo dell’evoluzione della società abbia fornito una risposta a questi interrogativi, seppur, come ogni piccola grande innovazione, deve subire ancora tanta indifferenza prima che tutti inizino ad avvertire e a respirare quest’aria di cambiamento.   
 Il discorso sulla problematica dell’inserimento di un modello di Giustizia alternativo a quello processuale non si pone soltanto in termini astratti o di cultura tradizionale dell’operatore giuridico, ma anche in termini di contrasto con i principi che informano il nostro Ordinamento processuale penale.   
 La disamina del sistema e dei suoi principi, quindi, si rende necessaria per comprendere quali sono gli ostacoli per il conferimento di uno spazio alla mediazione penale, quale apporto in più può fornirci quest’ultima, quale luogo comune deve superare per riscuotere la fiducia nei consociati.   
 Questo lavoro si prefigge di conferire un quadro d’insieme, se pur sommario, che tocchi i suddetti punti di criticità e le possibili soluzioni, forse con estrema ambizione.   
 Attesa la scarsità del suo utilizzo nella pratica e l’esiguità, rispetto ad altri temi giuridici, della letteratura in ambito, la mediazione si colloca ancora in una fase sperimentale, costretta a rimandare il suo decollo in tempi successivi all’oggi.   
 E, così, “ai posteri l’ardua sentenza”.

**I CAPITOLO**

**1. BREVI CENNI SUL PROCESSO PENALE E SUL PROCESSO PENALE MINORILE**

La giustizia penale italiana si attua e si realizza attraverso delle fasi procedimentali i cui protagonisti sono essenzialmente tre: l’imputato, il pubblico ministero ed il giudice.   
 In conformità con lo stampo accusatorio del nostro rito penale, che fa essenzialmente leva sulla paritarietà tra accusa e difesa[[1]](#footnote-1), il rapporto che intercorre tra le parti processuali è stato assimilato ad un triangolo rettangolo, in cui imputato e pubblico ministero occupano i due angoli alla base ed il giudice si pone al vertice, in modo equidistante tra i due[[2]](#footnote-2).  
 Come ogni ramo di diritto, anche l’ambito processual penalistico si informa di principi costituzionali, i quali ne diventano parametro e linea guida in ogni suo istituto o aspetto. Tutelati a livello costituzionale sono, infatti, oltre al principio di uguaglianza sancito all’art. 3 Cost., il diritto di difesa e di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi assicurati dall’art. 24 Cost., la garanzia di un giudice naturale precostituito per legge e l’importantissimo principio di legalità per cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, sanciti dall’art. 25 Cost., la cosiddetta presunzione di innocenza, per cui l’imputato non può considerarsi colpevole sino a che la condanna non diventi definitiva, o ancora il principio di personalità della responsabilità penale, entrambi garantiti dall’art. 27 Cost., ancora, l’obbligatorietà dell’azione penale di cui all’art. 112 Cost.[[3]](#footnote-3). Fondamentali sono, inoltre, i dettami di cui all’art. 111 Cost., la cui attuazione dovrebbe integrare il “giusto processo”, caratterizzato dal principio del contraddittorio, dalla terzietà ed imparzialità dell’organo giudicante, dalla ragionevole durata del processo, dal diritto alla difesa nonché quello di non poter esser dichiarati colpevoli solo sulla base delle parole di chi si è sempre sottratto all’interrogatorio da parte del difensore o dell’imputato, dall’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, dal diritto di impugnazione.   
 Seppur racchiusi in pochi articoli, questi costituiscono l’essenza delle garanzie processuali che, proprio in un ambito delicato quale quello penalistico, esigono profondo rispetto, soprattutto quelle a garanzia dell’imputato, in un sistema quale quello italiano di estremo garantismo nei confronti di quest’ultimo[[4]](#footnote-4).   
 Passando alla ritualità della giustizia penale, bisogna partire dalla *notitia criminis,* ovvero la notizia di reato, che innesca la prima fase procedimentale[[5]](#footnote-5) delle indagini preliminari. Condotte dal Pubblico ministero, coadiuvato dalla Polizia giudiziaria, queste sono finalizzate a raccogliere gli elementi necessari sia per una prima verifica circa la fondatezza della *notitia criminis*, sia per la corretta individuazione del soggetto da sottoporre a giudizio e sia per raccogliere elementi idonei a sostenere l’accusa penale in sede dibattimentale (art. 326 c.p.p.).   
 Saranno le risultanze delle indagini svolte in questa primissima fase che indurranno il Pubblico ministero a richiedere l’archiviazione del caso, nell’ipotesi in cui non vi siano elementi a sufficienza per dimostrare la colpevolezza dell’indagato, oppure, nell’ipotesi contraria, ad esercitare l’azione penale, così da entrare nella vera e propria fase processuale del giudizio. Invero, tutti gli elementi raccolti fino a questo punto saranno fonti di prova che, una volta prodotte o acquisite dinnanzi al giudice dell’istruttoria, diventeranno dei veri e propri mezzi di prova e potranno costituire il fondamento della definitiva pronuncia dell’autorità giudiziaria.   
 Oltre a questo primo vaglio condotto dal Pubblico ministero in merito alla perseguibilità del soggetto individuato e del fatto di reato sottoposto alle indagini, è previsto un ulteriore filtro, con evidente scopo deflattivo, in cui la valutazione circa la proseguibilità con la successiva fase giudiziale spetta al Giudice dell’Udienza Preliminare (GUP).   
 Questo, infatti, esaminati gli atti di indagine, assistito alla discussione con cui il Pubblico ministero illustra il fondamento della sua richiesta di rinvio a giudizio, ascoltato l’imputato nel caso in cui decida di rendere dichiarazioni spontanee e valutate le conclusioni così come precisate dalle parti, potrà procedere in diversi modi, richiedendo un’integrazione investigativa ex art. 421 *bis* c.p.p., essendo le risultanze d’indagine incomplete o comunque non sufficienti; oppure un’integrazione probatoria ex art. 422 c.p.p., ma al solo fine della emissione di una sentenza di non luogo a procedere. Alternativo e opposto a questo tipo di pronuncia è il decreto che dispone il giudizio: in tal modo il Gup pone fine a questa “udienza filtro” ritenendo necessaria la prosecuzione del processo.   
 La fase dibattimentale è quella dedicata alla formazione della prova, sorretta da alcuni importanti principi che connotano il nostro sistema di stampo accusatorio. Il principio della pubblicità, attraverso cui si vuole garantire un controllo sulla giustizia; il principio dell’oralità, che predilige un’attività processuale da svolgersi a voce ed in ossequio anche ad un altro principio, quello dell’immediatezza, con cui vuole garantirsi che non vi siano intromissioni tra il momento di formazione della prova e quello della decisione con la logica conseguenza dell’identità tra il giudice dell’uno e dell’altro momento.   
 Alla fase dibattimentale, dedicata, quindi, all’istruttoria e alla discussione del Pubblico ministero e del Difensore, segue la decisione da parte dell’organo giudicante che, con diverse formule, può determinarsi in senso di un’assoluzione o una condanna.

La giustizia penale minorile, invece, ha una fisionomia autonoma rispetto al giudizio ordinario. Questa, invero, si prefigge come finalità prevalente quella del recupero e del reinserimento del minore che si è abbandonato alle vie delittuose, a tal punto che influenza l’articolazione del rito minorile così come recentemente disciplinato dal dpr 448/88[[6]](#footnote-6).  
 Vi sono, invero, una serie di attenzioni nell’ambito della giustizia penale minorile: la specializzazione del giudice – i casi sono di competenza del Tribunale per i minorenni -, la centralità dello studio della personalità del minore, l’obiettivo rieducativo-preventivo delle sanzioni ed un intervento di recupero individualizzato per il ragazzo.   
 In effetti, proprio per la giovane età dell’imputato, il reato è valutato alla stregua di un disagio temporaneo del ragazzo, il cui processo di crescita e di formazione è ancora in corso, nel fiore di un delicato momento della vita in cui il futuro è ancora da costruirsi. La giustizia, così, vuole subentrare non per frenare il percorso deviato, ma per raddrizzare, attraverso il *“valorizzare le possibili stimolazioni positive insite in un corretto confronto con la società civile e le sue regole”[[7]](#footnote-7).* Le indagini vengono condotte dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, coadiuvato da una sezione specializzata di polizia giudiziaria con personale dotato di specifiche attitudini e preparazione (art. 5 e 6 disp. att.). In particolare, le indagini sono rivolte all’accertamento della personalità del minore e della sua capacità di intendere e di volere, per meglio valutare il disvalore della sua condotta e i provvedimenti necessari alla sua condizione. Per questo, l’accertamento coinvolge “le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali ed ambientali” in cui il minore è immerso (art. 9, co 1 dpr 448/88). La giustizia penale minorile si preoccupa di assicurare al minore assistenza tecnico-psicologica e la vicinanza dei genitori, per cui in molti passaggi si prevede la presenza di questi ultimi (artt. 18, co1; 20, co1; 27, co2 ecc. dpr 448/88).   
 Dal punto di vista procedimentale, il rito è molto più veloce di quello per gli adulti e, come già anticipato, ha una tendenza sottesa di salvaguardia della personalità del reo, che si traduce in un tentativo di minima offensività e invasività del processo nella sua vita. Le pronunce di cui all’art. 27 – sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto[[8]](#footnote-8) – e all’art. 28 – declaratoria di estinzione del reato a seguito della sospensione del processo, messa alla prova del minore ed esito positivo della stessa[[9]](#footnote-9) – ne sono la dimostrazione.

La posizione della vittima, nel processo penale minorile, è ancor più critica e marginalizzata rispetto al processo ordinario: in base all’art. 10 dpr 448/1988, infatti, essa non può costituirsi parte civile, il che equivale a dire che non può vantare alcun tipo di pretesa risarcitoria nei confronti del minore che le ha recato danno. Ebbene, si può dedurre che all’eccessivo – in ambito di giustizia minorile, però, giustificato – interesse verso l’imputato corrisponde, ancora una volta, un sostanziale disinteresse verso la parte offesa, la quale non solo sarà mera spettatrice del processo, ma dovrà anche soffrire la chiusura di molti riti con il perdono giudiziale o con una sentenza assolutoria con formula di irrilevanza del fatto. Sotto questo profilo, oltre a quello del maggior interesse alla rieducazione piuttosto che alla punizione, un’apertura alla giustizia riparativa appare la soluzione più adeguata, sia per restituire un ruolo alla vittima e per garantire il suo soddisfacimento, sia per responsabilizzare il minore. Ciò tende, come fine ulteriore, ad un riavvicinamento tra le due parti, il cui punto di rottura è rappresentato dalla vicenda delittuosa ed il cui punto di distanza è esser portatori di ragioni e sofferenze agli antipodi: il percorso di mediazione si prefigge di tracciare un punto di incontro, ma di questo si parlerà nel prossimo paragrafo.

* 1. **La mediazione penale e la spinta della legislazione sovranazionale**

Il termine “giustizia” rimanda, nell’immaginario comune, al risultato dell’attività processuale la quale troppo spesso, purtroppo, è avvertito dal comune sentire dei cittadini eccessivamente lunga e macchinosa, a tal punto da infondere un diffuso senso di sfiducia nei confronti della stessa.   
 Pensare ad un modello alternativo di definizione delle controversie in materia penale era doveroso a fronte delle molteplici falle del sistema processuale penale ma, allo stesso tempo, era necessario conferirgli quelle caratteristiche tali da renderlo capace di sostituire le aule di Tribunale senza mai far sentire il cittadino lontano dal “senso di giustizia”. Il nuovo modello alternativo al processo penale, infatti, si deve curare, *in primis,* del coinvolgimento e della partecipazione non solo del soggetto agente, ma anche della persona offesa dal reato, la quale ha la pretesa di rappresentare “l’ago della bilancia”, rivendicando un ruolo che, all’interno del rito penale, si vede eccessivamente circoscritto e strumentale[[10]](#footnote-10).   
 Le pretese da soddisfare sono tante: non solo la voglia di farsi sentire di reo e vittima, non trascurabile è anche l’opinione di giustizia della società, che deve sentirsi rassicurata dalla risposta che lo Stato dà a seguito di un accaduto delitto[[11]](#footnote-11).   
 La giustizia riparativa si è posta questi obiettivi. Continua a chiamarsi “giustizia” e si definisce “riparativa” perché è associabile a “ristabilizzazione”, “riequilibrio” e anche, con estrema ambizione, “ripristino” dello *status quo ante*. Si parla, infatti, di “una riapertura dei canali di comunicazione tra reo e vittima”, attraverso dei passaggi fondamentali:   
 - l’autore del reato deve essere aiutato a prendere coscienza dell’impatto del reato nella vita della vittima e nella società, nonché deve essere incitato a porre rimedio alle conseguenze lesive della sua condotta;  
 - la vittima[[12]](#footnote-12) deve essere supportata nel ritrovare la stabilità a seguito del dolore sofferto e, soprattutto, deve essere coadiuvata a superare quanto vissuto anche attraverso il confronto con colui che gli ha provocato tale dolore;   
 - la società, in un’ottica estensiva, spettatrice del delitto e culla del senso di giustizia, oltre che giudice della giustizia stessa, deve sentire ristabilito l’ordine sociale attraverso il reinserimento dell’agente ed il risarcimento della vittima.   
 In altre parole, il reato non è più considerato come un’offesa contro la società in astratto, o come un comportamento che turba l’ordine costituito, bensì *“come la parte emergente e giuridicamente rilevante di una più complessa (e critica) relazione sociale che, nel suo deteriorarsi per fattori più vari, può provocare privazioni, sofferenza, dolore a persone in carne ed ossa e che richiede principalmente l’attivazione di forme di dialogo, di riparazione e conciliazione legate a quella specifica e irripetibile situazione di conflitto”[[13]](#footnote-13).* Per tali ragioni, l’attuazione della mediazione, quale via intermedia di “fare giustizia” senza “fare processi”, richiede delle attenzioni, in virtù del cumulo di funzionalità per il “bene comune”, come garantire la soddisfazione, permettere la comunicazione in zona neutra e riservata.   
 Vista la portata di questo nuovo modello alternativo alla macchina processuale, a seguito di altri numerosi testi internazionali[[14]](#footnote-14), anche in sede europea si è cercato di incoraggiare e dare una spinta agli Stati membri verso la previsione e l’attuazione della giustizia riparativa, soprattutto mediante interventi nell’ambito dell’ex Terzo Pilastro dell’Unione Europea, oggi meglio conosciuto come il ramo della Cooperazione giudiziaria in materia penale.   
 Dapprima è stata la Decisione quadro 2001/220/GAI ad aver spinto per l’introduzione nei vari ordinamenti di modelli alternativi di definizione dei conflitti penali, tra cui la mediazione penale, capaci sia di valorizzare il ruolo della vittima che di raggiungere l’obiettivo di deflazione penale.   
 Più recente è la Direttiva 2012/29/UE, anch’essa nata nell’ambito del macro-tema della tutela della vittima del reato, la quale predilige la mediazione quale metodo alternativo al processo penale, a differenza della decisione quadro che menzionava, invece, la locuzione più generale “forme di giustizia riparativa”, definita come qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, previo consenso libero ed informato, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale. Di sicuro l’idea dell’introduzione dei suddetti modelli - che si evince dai due testi europei - ruota intorno alla vittima del reato, allorchè nel considerando n. 46 del preambolo afferma “*i servizi di giustizia riparativa (…) possono essere di grande beneficio per le vittime, ma richiedono garanzie volte ad evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta, l’intimidazione e le ritorsioni… è opportuno quindi che questi servizi pongano al centro gli interessi e le esigenze della vittima, la riparazione del danno da essa subito e l’evitare ulteriori danni*”.   
 La direttiva in esame, innovando in materia, fa entrare la giustizia riparativa direttamente nella fase dell’esecuzione penitenziaria. Ciò significa che si potranno sviluppare progetti legati alla possibilità per il reo di accedere a misure alternative alla detenzione, passando per un percorso di mediazione con la vittima. E’ necessario evitare, però, che il condannato rimanga ostaggio della propria vittima, la quale non può di certo monopolizzare la pena da eseguire[[15]](#footnote-15).   
 Le summenzionate fonti europee e la Raccomandazione (99)19 del Consiglio d’Europa impongono dei connotati speciali al *modus operandi* in senso riparativo. Non può prescindersi, infatti, dalla *volontarietà* delle parti. L’adesione deve essere libera e, soprattutto, deve essere confortata dalla preventivainformazione sulla pratica stessa[[16]](#footnote-16). Con somma ambizione[[17]](#footnote-17), a livello europeo si vuol garantire a tutti la fruibilità di tale misura alternativa *“in ogni stato e grado del procedimento”*, non essendo prefissato un criterio per il discrimine delle situazioni in cui è attivabile o meno la pratica in questione. Altra caratteristica garantita dalle carte europee è la *confidenzialità*, quale elemento fondamentale per l’efficacia dell’incontro di mediazione. Invero, il divieto di divulgazione dei contenuti dell’incontro è strumentale ad una trattazione del conflitto e delle sue implicazioni scevra di condizionamenti, anche e soprattutto di tipo processuale[[18]](#footnote-18), e di favorire la libera espressione dei soggetti che vi intervengono. La Raccomandazione, poi, impone una deroga a tale principio di riservatezza, costituito dall’obbligo di segnalazione *“alle autorità competenti o alle persone interessate di ogni informazione relativa alla imminenza di un grave illecito di cui – il mediatore – potrebbe venire a conoscenza”* (art. 30). E’ ovvio che tal dettame è frutto di un bilanciamento di interessi, quali la prevenzione di gravi illeciti e la garanzia della riservatezza.   
 Ulteriore aspetto considerato dalla Raccomandazione n. 19, contemplato all’art. 22, è la reperibilità degli operatori di mediazione *“in tutte le aree sociali”,* non essendo richiesta, quindi, uno specifico campo di formazione professionale. Ciò, presumibilmente, rispecchia proprio la varietà fattuale del reato, avvertito non più meramente quale violazione della norma giuridica, bensì come azione che, nel concreto, ha molteplici effetti, fino al coinvolgimento di ogni sfera intima o sociale dell’essere.

**II CAPITOLO**

**INQUADRAMENTO DELLA MEDIAZIONE PENALE NELLA FASE INIZIALE DEL PROCEDIMENTO PENALE**

**2.1 L’obbligatorietà dell’azione penale**

L’art. 112 della Costituzione italiana recita: “il Pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale”.   
 Quest’ultima rappresenta lo spartiacque tra la fase delle indagini preliminari e la fase processuale, costituita da udienza preliminare e dibattimento, ed è prerogativa della pubblica accusa. Anzi, stando alla lettera costituzionale è inesatto affidare la formulazione dell’imputazione al termine “prerogativa”, quando invece, si tratta di un dovere, sotto la forma di obbligo costituzionale.   
La Consulta ha definito l’obbligatorietà nella persecuzione penale come il portato del più generale principio di legalità (artt. 25, co2 e 101, co2, Cost.) e di uguaglianza dei cittadini innanzi alla legge (art. 3 Cost.)[[19]](#footnote-19), ponendosi come alternativa al principio di discrezionalità ed opportunità.  
 Come precedentemente spiegato, infatti, l’accusa all’interno del nostro rito penale è e può essere rappresentata da un organo pubblico, ovvero il Pubblico ministero[[20]](#footnote-20), il quale agisce non a difesa di un interesse particolare, bensì a tutela dell’interesse generale all’osservanza della legge.   
 In capo a tale figura, invero, grava l’onere di compiere le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale (art. 326 c.p.p.), tal che non è definibile solamente come un “mero accusatore” ma, conformemente al disposto dell’art. 358 c.p.p., di sua competenza sono anche gli accertamenti su fatti e circostanze a favore dell’indagato. In questa fase, il coinvolgimento della persona offesa del reato in qualità di promotrice dell’azione penale si relega ai soli casi in cui si procede per reati cosiddetti personali, ovvero che ledono un bene prossimo alla persona e non toccano l’interesse generale. In merito, si è spesso parlato di una vera e propria emarginazione della persona offesa dal sistema processuale, in modo tale da scongiurare al massimo la “giustizia privata” in favore di un sistema in cui la reazione al crimine è gestita dallo Stato[[21]](#footnote-21).   
 Ebbene, ogni qualvolta all’esito delle indagini si ravvedono elementi idonei a sostenere l’accusa penale nei confronti del soggetto sottoposto alle indagini, il Pubblico ministero ha l’*obbligo* di procedere nei confronti dello stesso, formulando l’imputazione e richiedendo il rinvio a giudizio – in altre parole, esercitando l’azione penale[[22]](#footnote-22). E’ proprio attraverso questo passaggio che lo Stato fa valere la propria pretesa punitiva e non solo: l’azione penale, che l’art. 112 Cost. affida al solo Pubblico Ministero, deve incorporare, in sé, anche l’interesse della persona offesa, la quale, come già detto, resta estranea all’aula di giustizia, essendo portatrice di quell’interesse “meramente penale”[[23]](#footnote-23) e potendo intervenire solo quale mero “soggetto processuale” e non “parte processuale”[[24]](#footnote-24).

**2.2 La difficoltà della mediazione ad inserirsi nella fase iniziale del procedimento penale** Ad una prima valutazione, ci si potrebbe chiedere se un ostacolo all’introduzione della giustizia riparativa nel nostro Ordinamento possa essere proprio l’obbligatorietà dell’azione penale contemplato nell’art. 112 Cost., in quanto una mediazione anteriore alla stessa presentazione della *notitia criminis,* oppure volta alla revoca della stessa, potrebbe lederlo.   
 Nella giustizia penale, in realtà, non dovrebbe esserci violazione del principio di doverosità dell’azione penale, posto che il frutto della mediazione, quale procedura attivabile – si ricorda - solo con il consenso delle parti, viene sottoposto al vaglio di un organo giurisdizionale che lo verifichi e posto che, anche in caso di suo esito positivo, si lasciano comunque aperte le porte per iniziare il procedimento penale[[25]](#footnote-25).   
 Tuttavia, si ritiene che l’ostacolo sia principalmente di carattere culturale sia all’interno del organo giudicante sia tra i cittadini: come si è già detto, nell’immaginario collettivo, colui che vuole risolvere una controversia, quanto più in ambito penale, pensa di poterlo fare solo affidandosi alle aule di giustizia.   
 Un altro ostacolo all’inserimento della pratica di mediazione all’interno del processo potrebbe essere rappresentato dall’art. 27, comma 2, Cost. in quanto, finchè non vengono accertati i fatti di reato, non si potrebbe iniziare una pratica che presuppone la colpevolezza di un soggetto, in violazione della presunzione di innocenza.   
 Sul punto è stato osservato – e tale soluzione appare condivisibile se pur difficilmente attuabile in pratica – che tale principio, estendendosi soprattutto in questa fase extraprocessuale preventiva, debba essere inteso in modo tale che l’attivazione della mediazione non implica un’ammissione di colpevolezza, ma solo “il riconoscimento dei fatti principali della questione”, senza che a questi venga data una valenza giuridica, ma solo fattuale[[26]](#footnote-26). Per cui, in caso di esito negativo della mediazione, l’accertamento della verità resterà affare dell’istruttoria dibattimentale e, quindi, di quelle che si mantengono allo scuro di quanto accade fuori dal processo.   
 E’ necessario, in questa sede, richiamare l’attenzione su quello che è considerato il “vizio d’origine della mediazione”[[27]](#footnote-27), ovvero la problematica circa la conoscibilità e l’utilizzabilità nel processo penale, alla stregua di elementi probatori, delle dichiarazioni rese dall’imputato in sede di mediazione penale, nel caso specifico in cui questa non abbia avuto esito positivo. Ciò può, di ragione, entrare in contrasto con le garanzie processuali!   
 Non può ammettersi l’utilizzabilità di quanto documentato in sede di mediazione, anche per evitare una grave lesione del brocardo latino *nemo tenetur se detergere,* tutelato costituzionalmente dall’art. 24, comma 2.Invero, è indiscutibile che una dichiarazione di colpevolezza possa scaturire solo attraverso le regole proprio del rito penale, nel rispetto di tutte le garanzie previste a favore dell’imputato, tra cui *in primis* esser udito da un organo giudicante terzo ed imparziale nel rispetto del contraddittorio tra le parti.   
Peraltro, il mancato raggiungimento di un accordo o l’inottemperanza allo stesso non dovrebbe esser valutato come contegno negativo della parte, o comunque non dovrebbe avere alcuna conseguenza negativa in campo alla stessa, men che meno sotto il profilo sanzionatorio, in ossequio sia al principio volontaristico dell’attivazione del processo di mediazione sia del tentativo di procedere al di fuori del processo senza porre condizionamenti di tipo processuale. Inoltre – e tale considerazione non sembra affatto trascurabile – se il reo sapesse che la sorte delle sue dichiarazioni rese innanzi al mediatore ed alla vittima sia quella di finire in un atto utilizzabile in sede processuale come prova contro se stesso, si frustrerebbe l’intero percorso alternativo e la sua finalità: far prendere coscienza a colui che ha sbagliato della portata delle sue azioni, il che può passare solo attraverso il suo racconto, il suo esprimersi, il suo rendere uno sfogo piuttosto che un interrogatorio. Solo focalizzando l’attenzione su questi pochi punti e sulle soluzioni qui prospettare, la mediazione potrebbe esser accettata più facilmente e costituirsi, così, pratica diffusa nei vari Tribunali.

**2.3 Uno sguardo verso le altre esperienze europee**

Atteso che, come visto in precedenza, a livello europeo ed internazionale vi è una spinta rivolta all’armonizzazione delle legislazioni penali che fissa come punto necessario l’introduzione di sistemi di *restorative justice* nei vari ordinamenti e considerata anche la diversità dei riti di giustizia penale di questi ultimi, ogni Stato ha utilizzato un espediente ed un mezzo diverso per adempiere a quest’onere.   
 In effetti, se da una parte la finalità perseguita a livello europeo è proprio quella di garantire uno stesso livello di tutela per tutti i cittadini che compiono o subiscono un fatto di reato in uno stato diverso dell’Unione Europea[[28]](#footnote-28), dall’altra nel piccolo di ogni ordinamento si è sentita come pressante e pregnante l’esigenza dell’inserimento di metodi alternativi al processo penale, per motivi legati alla propria struttura e organizzazione interna.   
 Di qui, appare opportuno approfondire questa analisi sbirciando le risposte in materia di giustizia riparativa data dai nostri “vicini di casa”.  
 Attualmente, in **Spagna** manca una norma generale[[29]](#footnote-29) in materia di giustizia riparativa, come mancano anche riferimenti a questa nella LECrim[[30]](#footnote-30). L’unico cenno alla *mediaciòn* è, paradossalmente, a carattere negativo: il vigente art. 87 *ter* della *Ley Organica del Poder Judicial* (Legge Organica del Potere Giudiziario), introdotto dalla Legge Organica relativa a misure di protezione integrale contro la violenza di genere (*Ley* 28 dicembre 2004, n.1), vieta apertamente il ricorso alla mediazione nel procedimento penale durante la fase delle indagini, la quale, oltretutto, deve essere seguita dal Giudice *ad hoc* per i casi di violenza sulla donna. Questa disposizione è stata anche oggetto di pronuncia di compatibilità con quanto previsto a livello europeo dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea[[31]](#footnote-31).   
 Bisogna far menzione, in ultimo, di un progetto di legge che potrebbe innovare la materia. Pubblicato online[[32]](#footnote-32), il Progetto del Codice di Procedura Penale (*Borrador de Codigo Procesal Penal*) propone, agli articoli 143-146 nella sezione “La mediazione penale”, una serie di disposizioni specifiche tese ad introdurre nella procedura penale spagnola tale istituto di giustizia riparativa.   
 Un altro testo che prende in considerazione la mediazione penale è lo *Estatuto de la victima,* entrato in vigore il 25 ottobre 2015. Nell’esposizione dei motivi in apertura a tale statuto, l’ordinamento spagnolo, segnando un’apertura in tema, coglie la necessità dello strumento in esame avvertendolo non tanto quale obbligo internazionale, bensì come un’esigenza avvertita nella prassi. Ciò è il risultato anche di numerosi progetti-pilota dello strumento che prendono piede in Spagna prima di consolidarlo nell’ordinamento, come qualcosa che ha smosso le coscienze prima delle previsioni legislative.   
 Anche la **Francia** ha visto approdare la giustizia riparativa piuttosto recentemente nel proprio sistema processuale, le cui azioni sono organizzate soprattutto a livello locale e supportate da associazioni di recente fondazione, quali l’*Institut Français pour la Justice Restaurative (IFJR)[[33]](#footnote-33)* e l’*Association Nationale de la Justice Rèparatrice (ANJR)[[34]](#footnote-34).* Tuttavia, anche la Francia ha optato per una sperimentazione nel settore. In un istituto penitenziario che accoglie detenuti difficili, di cui molti condannati a lunghe pene detentive, la *Maison centrale de Poissy,* sono state condotte esperienze di giustizia riparativa, tra marzo e luglio 2010, reiteratasi per il successo nel 2015, ispirate al modello quebecchese di incontri tra detenuti/vittime[[35]](#footnote-35).   
 La mediazione penale, invece, ha trovato ingresso nel codice di procedura penale francese – agli artt. 41-1, 5° – mediante la legge 93-2 del 4 gennaio 1993. Quest’ultima è intervenuta a consacrazione di una prassi di mediazione sviluppatasi negli anni precedenti e che si poneva come terza via tra l’esercizio dell’azione penale – che, in Francia, a differenza dell’Italia, è sorretta dal principio della opportunità – e la richiesta di archiviazione. L’ordinamento francese ha, invero, sentito l’esigenza di un intervento legislativo che riconoscesse definitivamente tale pratica in quanto, essendo affidata solo alla “buona volontà” dei pubblici ministeri, vi poteva essere il rischio del mancato rispetto del principio di legalità e, soprattutto, di uguaglianza.   
 In ossequio alla opportunità dell’azione penale che informa il sistema francese, tale modalità alternativa al processo penale, in tale ambito nomenclata *rèparation pènal,* appare privilegiata soprattutto allorquando sono i minori ad essere coinvolti in fatti capaci di suscitare la pretesa punitiva statuale. Invero, è il Pubblico ministero che, attraverso un giudizio prognostico, valuterà la possibilità di attivare la mediazione penale, seppur dovrà attenersi al limite del reato di lieve o media entità, imputabile al minore delinquente non recidivo che riconosce i fatti contestati[[36]](#footnote-36). Il risultato, in tale ambito, potrà consistere in misure o attività di assistenza o di ristoro della vittima o nell’interesse della collettività, nella consueta ottica di responsabilizzazione del reo minore.   
 Sicuramente, un merito francese è l’idealizzazione di un vero e proprio metodo di mediazione, meglio conosciuto come metodo di Morineau, dal nome della sua teorizzatrice. L’assunto di partenza è la considerazione che “*La mediazione accoglie il disordine. E’ un momento, un luogo, in cui è possibile esprimere le nostre differenze e riconoscere quelle degli altri. E’ un incontro nel quale si scopre che i nostri conflitti non sono più necessariamente distruttivi, ma possono anche essere generatori di un nuovo rapporto”.*La Morineau associa il percorso di mediazione a quello della dammatrizzazione greca, suddividendolo, quindi, in tre punti salienti: una prima fase di esposizione di quanto vissuto, in cui si riversano le sofferenze (*theoria*), una fase intermedia in cui si evince la percezione umana del fatto (*krisis*) e una ultima fase di sintesi del tutto, di riconciliazione (*katarsis*). Ovviamente il mediatore né spettatore, pubblico che, tuttavia, ha un ruolo neutro e sollecitatore allo stesso tempo.  
 Tuttavia, considerato il fatto che la Francia conosce altre misure alternative al processo penale, espressamente previste dagli artt. 41-1 e ss. del codice di procedura penale, le statistiche pubblicate dal Ministero della giustizia francese dimostrano che il ricorso alla mediazione penale costituisce solo l’1,5% dei casi che coinvolgono maggiorenni, a fronte del 40% dei riti definiti in maniera alternativa con altri modelli[[37]](#footnote-37).  
Peraltro, il legislatore francese, con legge n. 2010-769 del 9 luglio 2010 ha imposto una presunzione di rifiuto della mediazione penale qualora la vittima di violenza coniugale abbia avviato un procedimento dinnanzi al giudice per le cause di famiglia al fine di ottenere un’ordinanza di tutela.

**III CAPITOLO**

**INQUADRAMENTO DELLA MEDIAZIONE PENALE NELLA FASE FINALE DEL PROCEDIMENTO PENALE**

**3.1 La finalità della pena nell’Ordinamento Giuridico Italiano**

La finalità della pena, come risultato di un percorso volto alla Giustizia, non è sempre stata la stessa nel corso del tempo in Italia. Durante il periodo illuminista, ad esempio, il processo penale doveva culminare con l’inflizione della pena a scopo retributivo: in questa fase, infatti, data la centralità della razionalità dell’uomo, il reato veniva avvertito come una vera e propria “scelta” di un soggetto che operava liberamente nella società, per cui, era opportuno che costui subisse la giusta punizione in relazione a ciò che aveva compiuto. La pena, così, secondo la teorizzazione della Scuola Classica che dominava la scena giuridica a quel tempo, aveva i caratteri della inderogabilità e della proporzionalità, era afflittiva e determinata, dal momento che incombeva, anche in ossequio al principio della personalità della colpevolezza penale, la necessità di scoraggiare il reo consociato ad operare di nuovo in senso delittuoso. Tramite la sua condanna, per di più, l’ordinamento voleva conferire un orientamento all’intera compagine sociale. L’effetto ultimo che si voleva conseguire, quindi, era anche quello deterrente.   
 Il periodo successivo, poi, venne dominato dalla Scuola positiva, la quale, invece, ha transitato l’attenzione dal reato al reo, in particolare alla sua personalità, così dosando il grado della colpevolezza. La giustizia, a questo punto, mutuando svariati concetti dalle scienze sociali e criminologiche, si prefisse come fine ultimo non solo l’inflizione della punizione, ma anche la correzione del reo, attraverso la cosiddetta “individualizzazione della pena”. Ciò vuol dire che la personalità del reo, ora in risalto, è la base per “cucirgli” addosso il trattamento sanzionatorio più adeguato.   
 I problemi della Giustizia italiana, in verità, non vennero risolti da ambedue i sistemi e dalle loro differenze teleologiche.   
 Ogni aspetto della vita delittuosa, dal suo verificarsi alla esecuzione della sanzione, passando per la personalità del reo, faceva propendere verso un modello in cui ogni sfaccettatura su richiamata potesse convergere costituendone una sintesi.   
 La nostra Carta Costituzionale, al terzo comma dell’art. 27, adotta una concezione special-preventiva della finalità della pena, raccomandandosi, infatti, che essa tendi alla rieducazione del reo e che non consti di un trattamento disumano e degradante[[38]](#footnote-38).   
 *A contrario,* ricavandosi dal principio di personalità della responsabilità penale di cui al primo comma dello stesso articolo, di certo la funzione della pena nel nostro ordinamento non può essere general-preventiva. Il su richiamato principio, portante nella disciplina penalistica, sposa bene la teoria retributiva e quella special-preventiva[[39]](#footnote-39), ma mai potrebbe conferire alla pena l’arduo compito di dissuadere la collettività dalla delinquenza[[40]](#footnote-40).   
 La pena, così, si connota del carattere della pulifunzionalità[[41]](#footnote-41). L’operatore giuridico si dovrebbe focalizzare, nella determinazione del trattamento sanzionatorio, sul fatto, sul grado di colpevolezza e sulla persona del reo, dovendo la pena risultare adeguata proprio sulla base di questi presupposti e dovendo perseguire, *in primis*, la risocializzazione del condannato. Ed invero, in punto di dosimetria della pena, l’organo giudicante, partendo dalla *pena edittale* prevista dalla norma penale, può discostarsene sulla base delle circostanze attenuanti o aggravanti, sulla base della recidivanza del soggetto nonché sulla base dei parametri di cui all’art. 133 c.p., con il risultato che, nella sanzione così stabilita, confluiscano gli aspetti di una vita oltre che di un fatto, appunto, penalmente rilevante.

**3.2 Il risultato della mediazione**

La mediazione risponde, invece, agli schemi della cosiddetta Giustizia Riparativa la quale, come ci suggerisce il nome stesso, non persegue la deterrenza o la retribuzione.   
 L’obiettivo principale è la riapertura dei canali di comunicazione tra il reo e la vittima. La gestione del conflitto, quindi, non si centralizza più solo su fatto e reo, ma restituisce un ruolo in prima linea anche alla vittima ed alla società.   
 La ricchezza del procedimento di mediazione è proprio offrire alle parti uno spazio neutro in cui poter “confidenzialmente” contestualizzare il fatto, in cui poter “pensare” alle sue conseguenze ed in cui poter “negoziare” una soluzione.   
 Quest’ultima potrà avere diversa natura, non essendo relegata agli schemi rigidi della pena. Infatti, l’esito positivo della mediazione non costringe necessariamente al risarcimento monetario della persona offesa o al subire una punizione da parte del reo, se pur questi rientrino tra gli epiloghi prospettabili. La “riparazione” può avvenire anche attraverso l’esplicazione di attività frutto della fantasiosa proposta del mediatore, il quale, stante la sua diversa *formamentis* (giuridica, pedagogica, psicologica, sociologica ecc..), individua come più opportuna per il fine ultimo che, quindi, deve andare oltre alla riconciliazione tra le parti.   
 Così il reo, infatti, non sottoposto alla durezza del processo penale, potrebbe accettare di buon grado l’attività propostagli - sentendosi parte del procedimento decisionale - e potrebbe altresì comprendere, vivendo il confronto diretto, la sofferenza provocata. Probabilmente, la cognizione di quanto fatto così maturata può essere di gran lunga più istruttiva: il processo penale, infatti, può deconcentrare l’imputato dal fatto alla sanzione, che egli avvertirà sempre come eccessiva.   
 A prestarsi alla fantasia della proposta del mediatore sono soprattutto i conflitti penali in cui il reo è un minore: in tal caso, infatti, la “riparazione” si intreccia con la formazione e lo sviluppo del ragazzo, e l’esito della mediazione può perseguire ambedue le finalità.   
 Attraverso la mediazione, in sostanza, si vuol superare la logica della composizione del conflitto penale impuntata su una puntuale constatazione dinamica dei fatti. Non si vuol proclamare un vincitore e decretare un vinto, né si vuol giudicare.   
 D’altra parte, dal punto di vista della vittima, il beneficio della mediazione è proprio quello di renderla “accusa” con connessa possibilità di sostenere la propria ipotesi accusatoria mediante il confronto. Eppure, relegare la vittima in questo ruolo è sbagliato: se, infatti, attraverso l’intervento affatto invasivo del mediatore, si mira alla comprensione del reo della sofferenza provocata alla vittima, contemporaneamente si ritiene che la riapertura del canale di comunicazione tra i due necessita anche della comprensione in senso inverso, ossia del disagio che il reo probabilmente vive e delle ragioni che lo hanno portato a compiere il fatto delittuoso.   
 Gli incontri di mediazione non possono, tuttavia, restituire la scena alle parti coinvolte dal reato senza considerare il fattore societario: è la collettività l’impalcatura del fatto, la macro-struttura in cui si inseriscono le condotte intrise di disvalore e le reazioni impregnate di dolore.   
 E’ per questo che l’esito della mediazione può consistere anche in un’attività utile alla collettività, dimostrativa, anzi, della recuperabilità di chi ha sbagliato e della possibilità di riassettare l’equilibrio a seguito del conflitto per mezzo della sola volontà dei soggetti e non, necessariamente, per mezzo di una statuizione giurisdizionale.   
 Il risultato della mediazione è tutelato dall’art. 17 della Raccomandazione (99)19 e dall’art. 14 dei *Basic principles* del’ONU i quali, al fine di non incorrere nel divieto *ne bis in idem*, prevedono che debba essere riconosciuta valenza giuridica ai risultati della mediazione: è infatti stabilito che, a fronte di una conclusione positiva dell’esperimento intrapreso, non si debba procedere “per i medesimi fatti”, mentre quando l’esito della procedura si riveli fallimentare, i casi vengano celermente restituiti all’autorità giudiziaria inviante, tenuta a procedere “senza ritardo”.

**3.3 Confronto e conclusione** La giustizia riparativa, già sul piano della nomenclatura che rimanda direttamente a quello ideologico, si allontana dalla giustizia “punitiva”. Indebolisce l’idea, diffusa nella società, che lega la giustizia a un processo, alla reclamata effettività della pena e, in sostanza, ad un sistema penale repressivo.   
 Bisognerebbe, invece, credere a qualsiasi percorso che può portare ad una umanizzazione del diritto penale e, quindi, a riporre fiducia negli strumenti che permettono di rendere giustizia in modo costruttivo, piuttosto che repressivo[[42]](#footnote-42).   
 Invero, un’interpretazione estensiva del termine “Giustizia”, in cui non si bada soltanto alla responsabilità e punibilità dell’imputato, può solo ben accettare modelli alternativi al procedimento penale che mirino ad una definizione altrettanto equa, anzi, il cui risultato pone al centro un’idea di “equilibrio”[[43]](#footnote-43) toccante gli interessi di più parti, il soggetto agente, la persona offesa e la società stessa. L’instaurazione della mediazione penale, così, è una necessità non solo imposta dagli obblighi internazionali, ma sentita e pretesa anche dalla pratica, atteso che apre le porte ai numerosi benefici che, per spirito di completezza, si sintetizzano nei seguenti punti:

1. La giustizia riparativa, in quanto diversa da quella punitiva incentrata sul reato e sulla punizione dell’autore, nonché dalla giustizia riabilitativa e risocializzante, focalizzata sul trattamento dell’offensore e sul reinserimento nella vita sociale, si pone come “terza via” di cui l’autore del reato può fruire. La mediazione penale, come visto, si colora di ambedue le finalità, oltre che a riabilitare il minore o l’adulto nei confronti della vittima e della società, dargli la possibilità di scegliere e negoziare le conseguenze dei suoi errori senza subire l’etichettamento o le più severe pene che potrebbero derivare dal processo;

2. La giustizia riparativa crea la scena giusta in cui la vittima può far sentire la propria voce, può esprimere la sua sofferenza, può partecipare alla definizione del risultato che coinvolge l’autore e da cui può derivare il suo risarcimento. In altre parole, crea la scena in cui la partecipazione della vittima non sia solo finalizzata all’accertamento del fatto. La *restorative justice*, ed in particolare la mediazione penale, rappresenta il modo migliore per potenziare il ruolo della persona offesa[[44]](#footnote-44): essa, infatti, muove dall’idea, propria della scienza vittimologica, che il reato non sia “una mera violazione di una norma giuridica”, ma costituisca *“una realtà molto più complessa, che si occupa di offese multiple, in quanto molteplici sono i soggetti che possono risentire negativamente del fatto criminoso”[[45]](#footnote-45),*  Il riconoscimento in capo alla vittima del diritto ad accedere agli strumenti di giustizia riparativa e a parteciparvi attivamente, così come vorrebbe la direttiva 2012/29/UE, è finalizzato alla riduzione del rischio di vittimizzazione secondaria scaturente da un procedimento penale. E’ quindi quantomeno auspicabile che, nel recepire la recente direttiva all’interno dell’ordinamento processuale italiano, si addivenga anche ad un maggiore coinvolgimento della vittima[[46]](#footnote-46) nelle pratiche di giustizia riparativa, esistenti o future, e ad una valorizzazione del suo ruolo con riferimento a un meccanismo che, per sua stessa natura, non può che implicare parità delle armi e uguali poteri per vittima e reo, protagonisti indiscussi del percorso mediativo.

3. La mediazione penale non si completa solo in una prospettiva di responsabilizzazione dell’autore del reato, o in prospettiva di soddisfacimento della vittima, bensì anche in una prospettiva socio-culturale, volta a promuovere la convivenza e la pace sociale.

La magia è che l’operatore della mediazione guarda il reato con gli occhi della polifunzionalità, nel senso che ha una formazione di diverso stampo capace addirittura di arricchire la Giustizia.

*“La Giustizia riparativa, infatti, non si amministra attraverso il processo, non conosce sostanzialmente i ruoli cristallizzati del diritto, soprattutto non conosce la pena, al contrario cerca di superare la logica dell'accertamento della verità, della distinzione tra vincitori e vinti, del castigo, muovendo prima di tutto da una lettura relazionale del fenomeno criminoso, inteso primariamente come espressione giuridica di un conflitto che provoca la rottura di aspettative condivise. La Giustizia riparativa è dunque un nuovo vocabolario per pensare il reato e le sue conseguenze, che decostruisce dialogicamente i ruoli delle parti, che offre nuove parole per pensare e concettualizzare il conflitto. Per dirla metaforicamente, Giustizia penale e Giustizia riparativa, oppure giurista e operatore della GR, guardano nella stessa direzione ma vedono cose diverse: da una parte il reato dall'altra il conflitto, da una parte il processo, l'accertamento della verità, l'allocazione della responsabilità, eventualmente la pena, dall'altra l'iter di mediazione, il lavoro di riconciliazione, la riparazione”[[47]](#footnote-47).*

Sembra doveroso, infine, dare uno sguardo al dato normativo italiano, attinente alla mediazione penale. Partendo dal presupposto che non vi è, ancora, una disciplina positivizzata e ben delineata, si scorgono riferimenti nella normativa sul processo innanzi al Giudice di pace, che prevede un generico rinvio nell’art. 29, comma 4, d. lgs. 28 agosto 2000 n. 274 in cui “*il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l’udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell’attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio”.*   
 Un timido riferimento, poi, nel codice di procedura penale, è riscontrabile grazie alla recente introduzione, con la legge 28 aprile 2014, n. 67, del nuovo titolo V *bis* (artt. 464 *bis* a 464 *nonies* c.p.p.), rubricato “Sospensione del procedimento con messa alla prova”, inaugurante questo nuovo istituto nel nostro sistema. La lett. C) dell’art. 464 *bis* c.p.p. prevede, infatti, che all’interno del programma di trattamento, affinchè la messa alla prova abbia esito positivo, debbano essere obbligatoriamente inserite anche “le condotte volte a promuovere, ove possibile, la *mediazione* con la persona offesa” [[48]](#footnote-48). Lo scenario dovrebbe cambiare a seguito del recepimento della direttiva 2012/29/UE, il cui termine di attuazione era il 16 novembre 2015, nella quale, come già detto in precedenza, è disposto che l’accesso e la partecipazione per la vittima ai modelli di giustizia riparativa è necessario al fine di ridurre al minimo i rischi di vittimizzazione secondaria scaturenti dal processo penale.   
La mediazione, infatti, è entrata nel nostro sistema in modo più preciso solo nell’ambito della giustizia penale minorile, a mezzo del D.P.R. 448/1988.   
 Il rito penale minorile ha dei margini più ampi in cui può inserirsi questa attività, in quanto, se pur vigente il principio dell’obbligatorietà dell’azione penale, crea degli spazi in cui si auspicano modalità d’intervento volte ad evitare di affrontare il processo. Tali “spazi” si ravvedono, infatti, sia nella fase delle indagini preliminari (art. 9), sia durante l’udienza preliminare o il dibattimento (art. 27), sia nell’attuazione della sospensione del processo e messa alla prova (art. 28). Inoltre, la mediazione penale può essere realizzata anche in fase di esecuzione penale, nell’ambito della misura alternativa alla detenzione riferita all’art. 47 della l. 354/75[[49]](#footnote-49).

Gli ostacoli evidenziati, la povertà normativa in materia, la diversità teleologica dei due procedimenti, le differenze strutturali e ideologiche poste alla base delle due attività, costituiscono un previo freno in teoria e getta una solida base per quello nella prassi.   
 “Alternativo” è concetto difficile, soprattutto in un paese lento normativamente e nel cambiamento culturale come l’Italia. Accettare definitivamente questo sistema vuol dire far propria un’innovazione, che non significa “trasformare” la nostra tradizionale Giustizia, ma vuol dire renderla alla portata del cittadino.   
 Sostenere la mediazione quale alternativa al processo è un po' come restituire il fatto all’autore e alla vittima del reato[[50]](#footnote-50), i quali sono naturalisticamente i protagonisti della scena delittuosa. E’ un po' come lasciar che vivino le conseguenze decidendo essi stessi quale direzione dar loro, è come riappropriarsi del potere di poter cambiare le cose.   
 Certo, la mediazione, oltre ad esser sottoposta allo sbarramento giuridico, deve superare anche i fattori di chiusura culturale, di una già pregressa sfiducia nella giustizia, nonchè di reiezione di ciò che può far sentire colpevole l’uomo più di una pronuncia giurisdizionale: il confronto diretto con ciò che si è compiuto e la capacità di guardare negli occhi chi si è ferito, tendergli la mano, chiedergli “scusa” o, con audacia, “aiuto”.

**BIBLIOGRAFIA**

**Antolisei F.,** *Manuale di diritto penale,* Giuffrè, Milano, 2000

**Bove V.**, *L’istituto della messa alla prova “per gli adulti”: indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili,* in *Diritto penale contemporaneo,* 2014

**Carnelutti F.,** *Lezioni sul processo penale,* I, 2° ed., Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1949

**Colao F., Lacchè L., Storti C.,** *Processo penale e opinione pubblica tra Otto e Novecento,* Il Mulino, Bologna, 2008

**Conso G., Grevi V., Bargis M.,** *Compendio di procedura penale,* 7° ed., Cedam, Padova, 2014

**Dalia A., Ferraioli M.,** *Manuale di diritto processuale penale,* Cedam, Padova, 2010

**Fiore C., Fiore S.,** *Diritto penale parte generale,* 3° ed., UTET, Milano, 2008

**Grifantini F. M.,** *La persona offesa dal reato nella fase delle indagini preliminari,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2012

**Luparia L.,** *Lo statuto europeo delle vittime di reato,* Cedam, Milano, 2015

**Lenzi L.,** *Poetica della mediazione*, in “*Lo spazio della mediazione”*, Giuffrè, Milano, 2003

**Manna A.,** *La vittima del reato <<à la richerche>> di un difficile modello dialogico nel sistema penale,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* Vol. II, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale,* a cura di E. Dolcini – E. Paliero, Giuffrè, Milano, 2006

**Mannozzi G.,** *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di R. Bartoli, C. Palazzo, Firenze University Press, Firenze, 2011

**Mannozzi G.,** *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale,* Giuffrè, Milano, 2003

**Rossi C.**, *Le modèle québécois des rencontres détenus-victimes,* in *Les Cahiers de la justice,* Paris, 2012

**Spangher G.,** *Il processo penale minorile,* in Aa.Vv., *Procedura penale,* 2° ed., Giappichelli Editore, Torino, 2012

**Tranchina G.,** *Persona offesa dal reato,* in *Codice di procedura penale,* Giuffrè, Milano, 2008

**Venturoli M.,** *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Diritto penale contemporaneo,* 2011

**SITOGRAFIA**

**Gaito A.,** *Le prerogative della vittima nel processo penale,* [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)

**Picotti L.,** *La mediazione nel sistema penale minorile italiano. Il quadro normativo e le indicazioni della prassi,* in *Progetto “Cromlech” – modelli di mediazione penale minorile – Programma AGIS 2004, Dossier Italia,* [www.giustiziaminorile.it](http://www.giustiziaminorile.it)

*La mediazione penale,* in *L’altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità,* [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it)

[www.justicerestaurative.org](http://www.justicerestaurative.org)

[www.anjr.fr](http://www.anjr.fr)

[www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

[www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it)

[www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

[www.conciliazioni.com](http://www.conciliazioni.com)

[www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)

[www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

**FONTI NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI**

*Circulaire Crim n. 2002-17 EI dù 13 dicembre 2002*

*Code de Procédure Pénale (France)*

*Decisione quadro 2001/220/GAI*

*Direttiva 2012/29/UE*

*Dpr 448/1988 – Codice del processo penale minorile*

*Ley de Enjuiciamento Criminal (Espaňa)*

*Raccomandazione (99)19* del *Consiglio d’Europa*

*Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni,* Supplemento ordinario n. 2 alla *Gazzetta Ufficiale*, n. 250, 24 ottobre 1988

*Corte Costituzionale, sent. 12/1966*

1. Prima della riforma del 1988 il nostro rito penale era di stampo inquisitorio: *dominus* assoluto della scena processuale era il giudice, unico conduttore della macchina della giustizia, unico addetto all’accertamento della verità e, allo stesso tempo, unico difensore della credibilità – sul piano della persecuzione penale – dello Stato, a sua volta, unico offeso dal reato. Per tali motivi il giudice deteneva illimitati poteri d’indagine, rivolti solo alla ricerca di un qualsiasi colpevole avendo, la pena, finalità deterrente. La reale vittima del reato e l’imputato, così, venivano completamente schiacciati dall’esaltazione dell’interesse alla repressione di colui che si era permesso di turbare l’ordine sociale. [↑](#footnote-ref-1)
2. P. Calamandrei apostrofa: “In regime di democrazia il processo deve essere un colloquio civile tra persone poste allo stesso livello umano”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Di cui si parlerà nel secondo capitolo, paragrafo 2.1 [↑](#footnote-ref-3)
4. L’attuale eccessiva attenzione nei confronti dell’autore del reato ha matrice storica. Essa deriva, infatti, dal clima del secondo dopoguerra, in cui molti Stati europei, tra cui anche l’Italia, si liberavano dalle dittature e dai regimi totalitari in cui il sistema processuale penale e le forze di polizia erano strumento per la repressione degli oppositori e dissidenti politici. Inoltre, a fronte della commissione di un delitto, ci si muoveva con la filosofia di trovare a tutti i costi un colpevole, perseguendo l’unico fine di deterrenza. Di conseguenza, le garanzie processuali erano completamente frustrate e gli imputati non venivano sottoposti ad un equo processo, bensì ad una giustizia già calcolata e strumentalizzata, piegata alle politiche di regime. Le successive Costituzioni, ad effetto di ciò, tesero ad imperniare le istanze garantistiche ed il principio del giusto processo proprio intorno alla figura dell’imputato. [↑](#footnote-ref-4)
5. In questa fase si parla, invero, di “procedimento” e non di “processo” atteso che, quest’ultimo, inizia con l’esercizio dell’azione penale e consta di due fasi, l’udienza preliminare ed il dibattimento, di cui si parlerà in seguito. [↑](#footnote-ref-5)
6. *“Muovendo dal riconoscimento del minore quale titolare di diritti radicati su fondamentali istanze di compiuta personalizzazione e dalla convinzione che i problemi afferenti al comportamento deviante del minore devono essere affrontati e risolti non isolandolo ma coinvolgendo la sua famiglia e la comunità, era maturata la consapevolezza che il minore non avesse solo diritto ad un suo giudice, ma altresì diritto ad un suo processo.”,* G. Spangher, *Il processo penale minorile,* in Aa.Vv., *Procedura penale,* 2° ed., Giappichelli Editore, Torino, 2012, pag. 719. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*. Supplemento ordinario n. 2 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 250 del 24 ottobre 1988, pag. 217. [↑](#footnote-ref-7)
8. Tale previsione è sorretta dall’idea di far uscire quanto prima è possibile il minore dal circuito penale. La particolarità sta nel fatto che tale decisione può essere pronunciata, anche d’ufficio, in qualsiasi fase del processo. [↑](#footnote-ref-8)
9. In ragione dell’esistenza di questo tipo di decisione va ricondotta la considerazione che il minore si trova in una fase di perenne evoluzione della propria personalità, per cui l’Ordinamento si preoccupa di offrirgli il sostegno necessario per affrontarla. [↑](#footnote-ref-9)
10. La persona offesa dal reato, se non cumula anche la qualità di “danneggiato”, non può costituirsi parte civile nel processo penale e, pertanto, potrà intervenire solo in qualità di testimone offrendo il bagaglio di conoscenze sul fatto a cui, la giustizia, non può ovviamente rinunciare.   
    L’autonomia tra le due figure si fonda non solo sul dato sistematico – alla persona offesa è dedicato il titolo VI del libro I del c.p.p., ossia gli artt. 90 e ss.; mentre la disciplina del danneggiato costituitosi parte civile è inserita nel titolo V dello stesso libro, agli artt, 74 e ss. c.p.p. – ma anche sulla distinzione tra “danno criminale”, identificato quale lesione che ha subito lo Stato e sanzionato, appunto, con la pena, e “danno civile”, ovvero la lesione che deriva dalla commissione del reato e risarcibile tramite un equivalente economico. L’uno, scaturente dalla violazione della norma penale, l’altro da un *quid pluris* rispetto alla commissione del reato: il verificarsi di perdite economiche o altri pregiudizi valutabili dal punto di vista patrimoniale. [↑](#footnote-ref-10)
11. Il processo penale, nella cultura di massa, è rappresentato come un teatro. La commissione del delitto, oltre a smuovere le coscienze e a diffondere un sentimento di turbamento generale, suscita anche curiosità nella società che si rende, talvolta, spettatrice e giudice ultimo, con applausi al seguito, di ogni successivo passo compiuto dalle autorità competenti verso la giustizia. Ciò non fa che accrescere una sorta di mito del delitto, una eccessiva focalizzazione sul fatto costituente reato, su ogni minimo dettaglio relativo alla sua consumazione e sulla persona del reo. L’ascendente del processo sulla società è riscontrabile nella attività dei media attuali, ma, già agli inizi del ‘900 era assimilato ad un vero e proprio spettacolo. Sul punto, F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, *Processo penale e opinione pubblica in Italia, tra Otto e Novecento,* Il Mulino, Bologna, 2008. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sembra opportuno precisare, a questo punto, cosa ci si riferisce con il termine “vittima”. Partendo dal presupposto che la legislazione processuale italiana la identifica quale “persona offesa”, manca una sua definizione, per cui essa viene tradizionalmente identificata quale soggetto titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice che si assume violata – la dottrina, sul punto, è pacifica, cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale,* Giuffrè, Milano, 2000, pag. 186; G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, *Compendio di procedura penale,* 7° ed., Cedam, Padova, 2014, pag. 134; G. Tranchina, *Persona offesa dal reato,* in *Codice di procedura penale,* Giuffrè, Milano, 2008, pag. 155 -. In senso parzialmente diverso, si è anche affermato che “la definizione di vittima non può prescindere dall’esaltazione dell’aspetto lesivo della condotta”, adottando quindi una concezione più ampia, quasi criminologica, in base alla quale in ogni reato vi è una persona offesa, anche quando non sia possibile coglierla con tutta evidenza. Così, A. Gaito, *Le prerogative della vittima nel processo penale,* in www.*archiviopenale.it,* sulla scia anche di F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale,* I, 2°ed., Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1949, pag. 166, che parla di “invisibilità” della vittima piuttosto che di “inesistenza”.  
    Tuttavia, si ritiene che in sede di mediazione si dovrebbe considerare una nozione di “vittima” più in senso criminologico, estensivo, come soggetto toccato dalla commissione di un reato, seppur non titolare del bene giuridico protetto dalla norma violata. [↑](#footnote-ref-12)
13. *L’altro diritto, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità,* [*www.altrodiritto.unifi.it*](http://www.altrodiritto.unifi.it)*.*  [↑](#footnote-ref-13)
14. Si rammentano: nell’ambito dell’ONU, le risoluzioni del Consiglio economico e sociale n. 1999/26 del 28 luglio 1999 “Sviluppo e attuazione di misure di mediazione e di giustizia riparativa nell’ambito della giustizia penale”; n. 2000/14 del 27 luglio 2000 “Principi di base circa l’uso dei programmi di giustizia riparativa nelle questioni penali”; n. 2002/30 “Principi di base su ricorso della giustizia riparativa in materia penale”. Nell’ambito del Consiglio d’Europa, la Raccomandazione (99)19 menziona come necessaria l’inserimento nei vari ordinamenti della mediazione penale. [↑](#footnote-ref-14)
15. Si rammenta, in proposito, il caso *Guye e Sanchèz,* in cui, a seguito della pronuncia di condanna emessa da un Tribunale spagnolo nei confronti di un soggetto che maltrattava la moglie, disponendo a suo carico la misura di allontanamento della moglie, quest’ultima perdonò il marito, riaccogliendolo in casa ed “opponendosi” alla legittimità di una nuova misura inflitta all’uomo per la trasgressione della misura imposta. I giudici di Lussemburgo hanno chiarito come, per quanto la legislazione dell’UE miri ad assicurare che la vittima possa prendere parte al procedimento penale anche in tal senso, ciò non implica che una misura di allontanamento obbligatoria non possa essere pronunciata contro il suo volere. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sia nel testo della direttiva che in quello della raccomandazione, infatti, vi è una generale previsione relativa all’attività di consulenza legale che deve essere prestata e garantita circa i diritti, la natura del procedimento, le possibili conseguenze delle decisioni, le traduzioni. [↑](#footnote-ref-16)
17. Non si dimentichi che tali modelli devono comunque confrontarsi con le diverse esperienze processuali degli Stati europei e, se pur gli interventi sovranazionali costituiscono un incentivo consistente e influente, comunque l’introduzione di tali pratiche non è così facile come si vorrebbe, come si vedrà più avanti quantomeno per il caso italiano. [↑](#footnote-ref-17)
18. Questo costituisce uno degli ostacoli della introduzione della pratica di mediazione all’interno del nostro ordinamento. Per la trattazione sul punto, si rimanda al capitolo II. [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Cost., sent. 88/1991 *Il principio di legalità (art. 25, comma 2 Cost.), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può non essere salvaguardata che attraverso l’obbligatorietà dell’azione penale”.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Le ragioni di questa scelta processuale risiedono essenzialmente nello scoraggiare [↑](#footnote-ref-20)
21. Ciò in ragione della considerazione dell’interesse alla persecuzione del reato come ultraindividuale, per cui non solo l’esercizio dell’azione penale viene rimessa ad un organo pubblico, per quanto si scoraggiano anche eventuali interferenze con la sua attività d parte di soggetti privati. Ciò è stato così definito: “*Il discrimine essenziale, il fattore di trasformazione pubblicistica del processo penale, della stessa nascita della giustizia penale”,* M. F. Grifantini, *La persona offesa dal reato nella fase delle indagini preliminari,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pag. 112. [↑](#footnote-ref-21)
22. Norma di riferimento è l’art. 50 c.p.p., che testualmente prevede: “Il pubblico ministero esercita l’azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione”. Citando le parole della Corte Cost., sent. 88/1991, *“limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: regola, questa, tanto più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori dell’ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l’obbligo di esercitare l’azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza di presupposti che rendono doverosa l’archiviazione, che è, appunto, non-esercizio dell’azione (art. 50 c.p.p.)”* [↑](#footnote-ref-22)
23. Si vuol intendere che la persona offesa è custode dell’interesse volto ad ottenere la condanna del responsabile del reato, lo stesso interesse che viene inglobato nell’interesse a procedere del pubblico ministero. Differentemente un ruolo più attivo si riscontra solo nelle ipotesi di delitto di minor allarme sociale, in cui le compete rimuovere un ostacolo all’esercizio dell’azione penale, ossia proporre querela, quale manifestazione della volontà di procedere della persona offesa senza la quale non si può procedere d’ufficio. [↑](#footnote-ref-23)
24. La distinzione tra parte e soggetto processuale si definisce sia in base ai poteri d’intervento, più o meno incisivi – si rammenta che la parte agisce per portar avanti una propria tesi mentre il soggetto no – sia in base alla figura con cui si interloquisce – quando ci si rivolge al giudice, si è parte. A. Dalia – M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale,* Cedam, Padova, 2010, pag. 127. [↑](#footnote-ref-24)
25. Come verrà precisato più avanti, essendovi una spinta in sede europea verso l’equiparazione del risultato della mediazione al risultato dell’attività processuale, non si vorrebbe che in caso di esito positivo del primo resti aperta la strada del giudizio, al fine di non incorrere nel divieto di *“ne bis in idem”.*  [↑](#footnote-ref-25)
26. L. Picotti, *La mediazione nel sistema penale minorile italiano. Il quadro normativo e le indicazioni della prassi,* nel *Progetto “Cromlech” – modelli di mediazione penale minorile – Programma AGIS 2004, Dossier ITALIA,* pag. 14,disponibile su [www.giustiziaminorile.it](http://www.giustiziaminorile.it) [↑](#footnote-ref-26)
27. G. Mannozzi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale,* Giuffrè, Milano, 2003, pag. 240. [↑](#footnote-ref-27)
28. La base giuridica di quanto affermato sono il principio di libera circolazione delle persone e di uguaglianza dei cittadini nell’Unione Europea. Con tali riferimenti si vuole dedurre che scopo della Cooperazione giudiziaria in materia penale, ramo dell’UE che opera in materia di armonizzazione delle legislazioni penalistiche, sia proprio quello di garantire uno *standard* minimo di tutela per qualsiasi cittadino europeo. Per cui, tutti dovrebbero esser posti nella stessa possibilità di scegliere un percorso alternativo al processo penale in qualsiasi Stato subiscano il reato. [↑](#footnote-ref-28)
29. La mediazione è stata, invece, introdotta nell’ambito civile e commerciale con la *Ley* 6 luglio 2012, n. 5, in attuazione della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008. [↑](#footnote-ref-29)
30. La Lecrim, ovvero la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* è la legge che regola il procedimento penale in Spagna. Approvata dal *Real Decreto* del 14 settembre 1882, pubblicata nel BOE – *Boletìn Oficial del Estado* ossia, la gazzetta ufficiale spagnola – il 17 settembre dello stesso anno ed entrata in vigore il 3 gennaio dell’anno successivo. [↑](#footnote-ref-30)
31. A seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte provinciale di Taragona, la Corte ha concluso il famoso caso *Magatte Gueye,* cause riunite C 483/09 e C 1/10, pronunciandosi positivamente circa la compatibilità tra la norma in questione e quanto disposto dalla decisione quadro 2001/220/GAI (e quanto, poi, ribadito dalla direttiva del 2012), poiché questa tipologia di servizi devono porre al centro gli interessi e l’esigenza della vittima, come anche la natura e la gravità del reato, ma soprattutto, gli squilibri di potere che potrebbero limitare la facoltà di prendere decisioni consapevoli o che potrebbero pregiudicare l’esito positivo del procedimento seguito. [↑](#footnote-ref-31)
32. Disponibile dal 25 febbraio 2013 sul sito del Ministero della Giustizia spagnolo *www.mjusticia.gob.es.* [↑](#footnote-ref-32)
33. *www.justicerestaurative.org* [↑](#footnote-ref-33)
34. *www.anjr.fr* [↑](#footnote-ref-34)
35. Cfr. C. Rossi, *Le modèle québécois des rencontres détenus-victimes,* in *Les Cahiers de la justice,* Paris, 2012, pag. 107. [↑](#footnote-ref-35)
36. I criteri di applicazione ed attivazione del suddetto modello sono chiariti dalla *Circulaire Crim n. 2002-17 EI dù 13 dicembre 2002, de politique pénal en matière de délinquance des mineurs,* la quale, tra le condizioni di applicazione fissa *«s’il lui apparaît qu’une telle mesure est susceptible d’assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l’infraction ou de contribuer au reclassement de l’auteur des faits>>* e, tra l’altro, incita all’accompagnamento nel percorso di mediazione anche i genitori del minore, *«afin d’éviter un sentiment d’impunité ou d’irresponsabilité du mineur. Le rappel formel des conséquences pénales de l’infraction mais aussi une invitation à la participation même symbolique du mineur au règlement financier du dommage permettront de préserver le caractère pédagogique de la mesure»* [↑](#footnote-ref-36)
37. *Annuaire statistique de la Justice,* 2011-2012, pag. 109. [↑](#footnote-ref-37)
38. Al riguardo è utile richiamare una pronuncia della Corte Costituzionale, la n. 12 del 1966, in cui essa sottolinea che la funzione rieducativa è insita nella natura del trattamento penale: “*La rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio E’ soltanto a questo, infatti, che il legislatore, con esplicito richiamo alle pene detentive, poteva logicamente riferirsi nel disporre che “le pene non possono essere consistere in trattamenti contrari al senso di umanità: proposizione che altrimenti non avrebbe senso. Alla pena, dunque, con tale proposizione, il legislatore ha inteso soltanto segnare dei limiti, mirando essenzialmente ad impedire che l’afflittività superi il punto oltre il quale si pone in contrasto con il senso di umanità”.* [↑](#footnote-ref-38)
39. Che la prevenzione speciale sia finalità cardine dell’ordinamento penale è dimostrato anche dal fatto che il nostro Codice penale adotta il sistema del cosiddetto “doppio binario”, in cui il reo può vedersi applicata non solo la pena, ma anche le misure di sicurezza, ai fini della sua neutralizzazione. [↑](#footnote-ref-39)
40. La funzione generalpreventiva, invero, può comportare un’applicazione della pena sproporzionata, non calibrata sulla base della colpevolezza del reo che potrebbe, così, divenire un capro espiatorio. [↑](#footnote-ref-40)
41. Secondo dottrina portante, la pena assume un diverso profilo funzionale nelle tre diverse fasi di attuazione del diritto penale: nella fase edittale o “di minaccia legale”, è perseguita la prevenzione generale non nella sua accezione negativa, ovverosia come deterrente, bensì in quella positiva, e cioè quale strumento di orientamento della condotta dei consociati. Anche nella fase giudiziale o di inflizione della pena trova spazio la general prevenzione positiva, mentre nella fase di esecuzione della pena dominante è la funzione special preventiva, intesa non come neutralizzazione del reo – emarginazione dello stesso dal corpo sociale – né come sua rigenerazione morale, bensì come ri-socializzazione del condannato. Parte della dottrina moderna, invero, si oppone all’idea di retribuzione della pena, cfr. Carlo e Stefano Fiore, *Diritto penale,* parte generale, 3° ed., UTET, Milano, 2008, pag. 591 e ss. ed autori ivi richiamati. [↑](#footnote-ref-41)
42. La giustizia riparativa è stata definita così, “un modello dialogico di giustizia penale, capace di conciliare la tutela della vittima con le finalità risocializzatrici della pena e di superare un paradigma di diritto penale essenzialmente retributivo e ritorsivo”. A Manna, *La vittima del reato <<à la richerche>> di un difficile modello dialogico nel sistema penale,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* Vol. II, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale,* a cura di E. Dolcini, E Paliero, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 1015. [↑](#footnote-ref-42)
43. *“Proprio nel punto in cui il conflitto sembra insanabile, in cui la frattura non appare più componibile, in cui la comunicazione appare definitivamente chiusa, nel punto in cui le parti cessano di parlarsi… la mediazione si propone di offrire ai protagonisti del conflitto uno spazio e un tempo nuovo… Lo spazio nuovo è quello prodotto dall’accoglienza e dai sentimenti, che fino ad ora sono stati compressi taciuti: dall’odio, dal dolore, dal rancore per il tradimento”,* L. Lenzi, *Poetica della mediazione*, in “*Lo spazio della mediazione”*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 50. [↑](#footnote-ref-43)
44. “*Contrariamente a quanto avviene per la giustizia retributiva e rieducativa, nell’ambito degli interventi di tipo riparativo è possibile porre in primo piano anche le esigenze della vittima. La vittima e l’apparato giudiziario si ispirano a sistemi valoriali diversi, prevalendo nella vittima aspetti personalizzati, influenzati dall’azione negativa subita (odio, conflitto, coinvolgimento), e nel sistema giudiziario relazioni impersonali, ispirate ad una logica di funzionalità e di prestazione. La mediazione istaura un nuovo tipo di relazione che possa soddisfare i nuovi e reciproci bisogni”. Progetto “Cromlech, - modelli di mediazione penale minorile – Programma AGIS 2004, Dossier ITALIA,* [www.giustiziaminorile.it](http://www.giustiziaminorile.it). [↑](#footnote-ref-44)
45. G. Mannozzi, *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi e culturali, giuridici e sociali,* in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale,* a cura di R. Bartoli, C. Palazzo, Firenze University Press, Firenze, 2011, pag. 41. E’ stato evidenziato come la valorizzazione della vittima si realizzi anche attraverso la valorizzazione della *restorative justice,* frutto dei moderni percorsi vittimologici di riscoperta della vittima, M. Venturoli, *La tutela della vittima nelle fonti europee,* in *Diritto penale contemporaneo,* 2011, pag. 25. Ancora in altri termini, la *restorative justice* rappresenta “un modello dialogico di giustizia penale, capace di conciliare la tutela della vittima con le finalità risocializzatrici della pena e di superare il paradigma di diritto penale essenzialmente retributivo e ritorsivo”, A. Manna, *La vittima del reato <<a la richerche>> di un difficile modello dialogico nel sistema penale,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* Vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 1015. [↑](#footnote-ref-45)
46. La giustizia riparativa, in Italia, può rappresentare un mezzo per superare il classico dualismo stato/autore del reato che tanto imprigiona la vittima fuori dal processo, coinvolgendola nel procedimento. Questo è, infatti, uno dei motivi per cui il legislatore italiano, quando si è aperto a tal modello, alternativo al processo penale, lo ha fatto anche per finalità deflattive ed efficientistiche e non per inserire una nuova forma di tutela della vittima nell’ordinamento, L. Luparia, *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Cedam, Milano, 2015, pag. 155. [↑](#footnote-ref-46)
47. Da “*L’altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità”,* www.altrodiritto.unifi.it . [↑](#footnote-ref-47)
48. Per informazioni dettagliate sull’iter della messa alla prova per adulti, si veda V. Bove, *L’istituto della messa alla prova ”per gli adulti”: indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili,* in Dir. Pen. Cont., 2014 [↑](#footnote-ref-48)
49. L’esperienza di mediazione minorile in Italia è descritta una sperimentazione interistituzionale, coinvolgendo sia il sistema penale che quello sociale, il cui modello organizzativo prevalente è un ufficio o centro per la mediazione con sede autonoma rispetto al Tribunale per i minorenni, in cui collaborano operatori di formazioni diverse – di stampo sociale, psicologico, pedagogico, giuridico. [↑](#footnote-ref-49)
50. “*Il tempo nuovo è il momento presente. Uno degli effetti del conflitto è quello di fermare il tempo: i confliggenti sono come inchiodati nel passato, chiusi, bloccati dentro un’esperienza di dolore.. Ma il tempo nuovo della mediazione è anche, in qualche modo, il futuro, perché a partire dal riconoscimento avvenuto in mediazione la relazione può ancora avere un avvenire, può ancora essere a-venuta. I mediati possono tornare ad essere i protagonisti del loro rapporto e non più semplicemente agiti dalla sofferenza inespressa accumulata nel conflitto”,* L. Lenzi, *Poetica della mediazione*, in “*Lo spazio della mediazione”*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 56. [↑](#footnote-ref-50)