

Dialogo e modelli di mediazione



A CURA DI
ALESSANDRA PERA



Wolters Kluwer

CEDAM

eFocus

QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "La Mia Biblioteca", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di **CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA**. Grazie al suo evoluto sistema di ricerca puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e ritrovare tra i tuoi libri la soluzione che cerchi da PC, iPad o altri tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online collegati a **www.lamiabiblioteca.com** e clicca su "Richiedi la tua password".

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2016 Wolters Kluwer Italia S.r.l Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milano Iori Assago (MI)

ISBN: 9788813359980

Il presente file può essere usato esclusivamente per finalità di carattere personale. I diritti di commercializzazione, traduzione, di memorizzazione elettronica, di adattamento e di riproduzione totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

La presente pubblicazione è protetta da sistemi di DRM. La manomissione dei DRM è vietata per legge e penalmente sanzionata.

L'elaborazione dei testi è curata con scrupolosa attenzione, l'editore declina tuttavia ogni responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

INDICE SOMMARIO

PREFAZIONE

di Alessandra Pera

PARTE PRIMA

MEDIAZIONE E DIRITTO

CAPITOLO I

MEDIAZIONE E CONSENSO DEI CONSOCIATI: UN BINOMIO INCOMPIUTO

di Gianfranco Amenta

1. Premessa	Pag.	3
2. Le indicazioni della Corte costituzionale italiana e delle Istituzioni europee.....	»	5
3. Lo stato patologico della giustizia italiana e la crisi sociale.....	»	6
4. Le procedure diverse dal rito ordinario	»	7
5. L'impatto della nuova regola con il sistema giuridico e con la cultura dei consociati	»	8
6. Il mediatore	»	10
7. Altri percorsi di mediazione (culturale, penale, tributaria).....	»	11
8. Conclusioni.....	»	13

CAPITOLO II

LE FORBICI E L'AGO.

GEOMETRIE DEL REATO ED ECCEDENZE TRA VISSUTI DI INGIUSTIZIA, LIMITI DEL SISTEMA PENALE E VOLTI DELLA *RESTORATIVE JUSTICE*

di Giuseppe Di Chiara

1. Reato, offesa e «pulviscolo di segni intermittenti»: spunti per una premessa.....	Pag.	18
2. «Giustizia che risana», «heilende Gerechtigkeit», «Restoring Justice»: le risorse del <i>thesaurus</i> linguistico tra suggestioni e dialoghi	»	21
3. «Privando il padre di questo onore che gli è dovuto»: l' <i>Elettra</i> , la «catena del sangue», la nascita dei sistemi penali.....	»	23
4. «Sui volti delle acque». Percorsi di avvicinamento: rabbia, rancore, sguardi verso il futuro	»	25
5. «Raddoppio del male» e <i>relational justice</i>	»	28

CAPITOLO III

MEDIAZIONE E PROCESSO PENALE:
I DISORIENTAMENTI DEL LEGISLATORE ITALIANO

di Paola Maggio

1. Un sistema in cambiamento.....	Pag.	33
2. Difficoltà definitorie e individuazioni d'ambito: giustizia riparativa, mediazione, <i>diversion</i>	»	35
3. I prodromi fra reali finalità mediative e semplici istituti di deflazione processuale.....	»	38
4. La messa alla prova per adulti: origini e deviazioni dal modello.....	»	41
5. Esiti atipici e problematiche ricorrenti	»	45
6. <i>Probation</i> , mito dell'obbligatorietà e pluralità di forme dell'azione penale....	»	48

PARTE SECONDA

FORMAZIONE E LINGUAGGIO NELLA MEDIAZIONE

CAPITOLO IV

MEDIAZIONE SOCIALE: UN PERCORSO FORMATIVO

di Antonello Miranda e Michelangelo Russo

1. Voglia di mediare.....	Pag.	55
1.1. Bisogno di mediazione	»	55
1.2. In questo momento	»	58
1.3. Mediazione e buonsenso.....	»	60
1.4. Chi offre la Mediazione.....	»	61
1.5. Chi si rivolge alla Mediazione	»	61
1.6. Chi vuole la Mediazione	»	61
2. Le mediazioni specifiche.....	»	62
2.1. Mediazione Civile e Commerciale.....	»	63
2.2. Mediazione Culturale e Interculturale	»	64
2.3. Mediazione Familiare.....	»	66
3. Altre specialità della Mediazione	»	67
3.1. Mediazione Scolastica.....	»	68
3.2. Mediazione Ambientale.....	»	68
3.3. Mediazione per l'Inclusione Sociale.....	»	69
4. Le mediazioni che ancora non ci sono	»	70
4.1. Mediazione Tecnologica e dell'Informazione	»	70
4.2. Mediazione del non lavoro	»	71
4.3. Mediazione Generazionale.....	»	71
4.4. Mediazione Neo-Familiare.....	»	72
5. Il Mediatore Sociale.....	»	74
5.1. Giustizia e buonsenso.....	»	75
5.2. Apologia del buonsenso	»	76
6. La formazione del Mediatore Sociale.....	»	78
7. Brevi riflessioni per il dibattito futuro	»	88

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO V

L'USO DELLE METAFORE IN ADR

di Cristina Guccione

1. Introduzione.....	Pag. 91
2. Metaforizzazione	» 92
3. Il fattore culturale: <i>universally-valid and culture-specific metaphors</i>	» 97
4. Competenza comunicativa del mediatore	» 98
5. La disputa è una <i>guerra</i> , un <i>gioco</i> , un <i>viaggio</i>	» 100
6. Riflessioni conclusive	» 105

CAPITOLO VI

IL DIALOGO NELLA MEDIAZIONE E RISOLUZIONE DI CONFLITTI.
APPROFONDIMENTI LINGUISTICI

di Giulia Adriana Pennisi

1. Il dialogo nella mediazione.....	Pag. 107
2. ADR e Unione Europea	» 107
3. Aspetti teorici dell'indagine	» 108
4. Approccio narrativo alla mediazione	» 110
4.1. Condizioni e termini della mediazione	» 111
4.2. (Ri)formulazione e negoziazione.....	» 113
4.3. (Ri)formulazione e presentazione di una storia alternativa	» 116
5. Conclusioni.....	» 121

PARTE TERZA

MEDIAZIONE E PLURALISMO

CAPITOLO VII

DIALOGO, RECIPROCIÀ, INTEGRAZIONE:
I DILEMMI DELLA DIFFERENZA

di Lorenzo Ferrante

1. Introduzione.....	Pag. 125
1.1. Lo straniero, il nemico, l'ambivalenza dell'integrazione europea ...	» 126
1.2. Da dove viene il nemico?	» 128
1.3. Provocazione e sicurezza: barba e velo.....	» 128
1.4. I riconoscimenti dell'Islam, tra ambiguità e dissenso.....	» 131
1.5. Il riconoscimento della giustizia religiosa. I Tribunali della <i>Sharia</i> .	» 135
2. Dialogo, mediazione, partecipazione	» 138
2.1. Le sfide per la comprensione delle differenze: aspetti teorici della costruzione del consenso	» 139
3. Conclusioni.....	» 140

CAPITOLO VIII
CORTI ISLAMICHE NEL REGNO UNITO.
FORME DI ADR E PROVE DI DIALOGO

di Alessandra Pera

1. Tradizione giuridica occidentale e circolazione dei modelli di fronte alle migrazioni	Pag. 145
2. Il modello di integrazione <i>British</i> e l'Islam	» 151
3. La <i>Desh Pardesh</i> . Le <i>Shari'a Courts</i> ed i MATs in Gran Bretagna.....	» 155
3.1. Competenze, ruolo e funzioni delle <i>Shari'a Courts</i> e dei MATs tra modello adjudicativo e conciliativo.....	» 164
3.2. <i>Procedural rules</i>	» 167
4. Le decisioni delle <i>Shari'a Courts</i> e dei MATs al vaglio dei Giudici di <i>common law</i>	» 169
5. L'ibridazione degli ordinamenti giuridici. <i>Minority legal orders</i> e scambi contrappuntistici	» 174
6. Conclusioni.....	» 179

CAPITOLO III

MEDIAZIONE E PROCESSO PENALE: I DISORIENTAMENTI DEL LEGISLATORE ITALIANO

DI PAOLA MAGGIO

SOMMARIO: 1. Un sistema in cambiamento. - 2. Difficoltà definitorie e individuazioni d'ambito: giustizia riparativa, mediazione, *diversion*. - 3. I prodromi fra reali finalità mediative e semplici istituti di deflazione processuale - 4. La messa alla prova per adulti: origini e deviazioni dal modello. - 5. Esiti atipici e problematiche ricorrenti. - 6. *Probation*, mito dell'obbligatorietà e pluralità di forme dell'azione penale.

1. Un sistema in cambiamento

Negli ultimi anni si è registrato un profondo cambiamento del sistema processuale penale: alla tradizionale tutela offerta ai diritti processuali del “reo” si è affiancata, infatti, un’attenzione sempre maggiore per la “vittima” del reato¹. La scelta, visibile nella più ampia rimeditazione sovranazionale dei diritti del soggetto vulnerabile per eccellenza², sta influenzando la stessa struttura pubblicisti-

¹ Nell'ambito dell'amplissima letteratura di settore cfr., Cuppini A., *Crime victims and the “yo-yo effect” an historical investigation of victim's participation in criminal proceedings*, in *Historia et Ius*, 2015, f. 8, p. 41; Pagliaro A., *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 52; Tavassi L., *Lo statuto italiano della “vittima” del reato: nuovi diritti in un sistema invariato*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, f. 3, p. 10 ss.; Tranchina G., *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4051 ss.

² Il riferimento è anzitutto alla Direttiva n. 29 del 25 ottobre del 2012, del Parlamento e del Consiglio Europeo. Fra i numerosi atti dell'Unione europea che mostrano il peculiare interesse per la persona offesa si segnalano: la Decisione quadro del 15/03/2001 (2001/220/GAI), in merito alla posizione della vittima del procedimento penale, che stabilisce misure *ad hoc* per le vittime vulnerabili (pur non imponendo agli Stati membri l'obbligo di garantire alle vittime un trattamento equivalente a quello delle parti del procedimento); la direttiva del Consiglio d'Europa del 29/04/2004 (2004/80/CE) relativa all'indennizzo delle vittime di reato, indipendentemente dal paese dell'Unione in cui questo è stato commesso. Sul piano del diritto sostanziale rileva poi la Direttiva del Parlamento e del Consiglio del 05/04/2011 (2011/36/UE) circa la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime che ha sostituito la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Istanbul, 11/05/2011). Di interesse è il pacchetto di misure proposte dalla Commissione europea il 18/05/2011, volte a introdurre e a garantire in tutta l'Unione europea un livello minimo di tutela dei diritti, di assistenza, di sostegno e di protezione per le vittime, indipendentemente dai luoghi di origine e residenza (COM (2011) 275 def.). Merita altresì segnalazione la Direttiva del Parlamento eu-

ca della risposta penale e si sta ripercuotendo sulle tradizionali funzioni della pena³. Si tratta di un percorso avviato del quale è possibile subito scorgere difficoltà e incognite nella realizzazione pratica⁴.

Se, infatti, nulla osta al pieno accoglimento teorico del concetto di vulnerabilità (riferibile sia alla “vittima” sia, più in generale, ai “soggetti deboli”⁵) nel novero dei diritti umani⁶, assai più complessa appare l’individuazione di reali spazi di “interazione” processuali, ed extra-processuali, fra vittima e reo. Lo stesso posizionamento sistematico della vittima all’interno del processo è anormale e “respingente” rispetto a una reale triangolazione fra i diritti fondamentali di tutti i suoi protagonisti.

Esiste poi tutta una serie di ostacoli, culturali, normativi⁷e, più strettamente, applicativi che rende il delineato percorso di non semplice realizzazione.

Un primo problema attiene alla difficoltà di fondo nel riconoscimento di accezioni comuni e condivise dei concetti di giustizia riparativa, *diversion*, mediazione penale. Non è infatti casuale che la dottrina più sensibile abbia recentemente fatto richiamo all’imprescindibile necessità di conferire autonomia scientifico-didattica alla giustizia riparativa⁸, perché essa rappresenta il baricentro di

ropeo e del Consiglio del 13/12/2011 (2011/93/UE), in materia di lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

Alla vittima attraverso gli strumenti di armonizzazione dell’Unione europea sono stati riconosciuti veri e propri diritti soggettivi, tanto di natura sostanziale, quanto processuale. In generale, poi, con il Trattato di Lisbona i diritti delle vittime da reato sono assurti a materia su cui il Parlamento europeo e il Consiglio possono emanare direttive di armonizzazione.

³ Le questioni sono affrontate con ricchezza di contenuti e suggerimenti critici da Cornacchia L., *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1760 ss. Per interessanti notazioni generali sui “paradossi” della pena, Fiandaca G., *Gli interrogativi di fondo. Introduzione*, *ivi*, p. 1072.

⁴ Su questi temi: Venturoli M., *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 1 ss.; nonché, più in generale, Allegrezza S., *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in Allegrezza S., Belluta H., Gialuz M., Luparia L. (a cura di), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 1 ss.; Bronzo P., *La tutela cautelare “europea” della vittima di reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1083 ss.; Picotti L., *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in Grasso G., Picotti L., Sicurella R. (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 229; Pisapia A., *La protezione europea garantita alle vittime della violenza domestica*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1866 ss.

⁵ Da ultimo si segnala il D.Lgs. 15/12/2015, n. 212 di attuazione della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime.

⁶ Albertson Fineman M., *Equality, Autonomy, and the vulnerable subject in law and politics*, in Albertson Fineman M.-Grear A., *Vulnerability, Reflections on a new ethical foundation for law and politics*, (edit.), Ashgate, Dorchester, 2013, p. 13 ss.

⁷ Significativo che nel disegno di legge presentato dal Governo il 23/12/2014, siano compresi “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena”. Una visione d’insieme delle più recenti iniziative di legge e dei loro esiti attuali si rinviene in Palazzo F., *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸ Lodigiani G.A.Mannozi G., *Formare al Diritto e alla Giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 133.

molteplici discipline (giuridiche, filosofiche, criminologiche e antropologico-culturali).

La seconda difficoltà si correla all'incertezza legislativa nel tracciare istituti realmente espressivi e congruenti con gli obiettivi *restorative*, data la frequente soggezione della legge a finalità politico-criminali di tipo repressivo, ispirate da un'accentuata tutela della sicurezza collettiva.

Basta segnalare esemplificativamente il "Pacchetto di riforme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario" (disegno di legge A.S. 2067⁹) e la recente normativa di repressione in materia di corruzione (L. 27/05/2015, n. 69 e L. 06/11/2012, n. 190), per rispecchiare la costante contraddizione in cui si muove il legislatore italiano, abbinando a politiche di de-carcerazione e di revisione del sistema penale interventi di tipo repressivo e ritocchi sanzionatori in *malam partem* per fattispecie di particolare gravità o allarme sociale.

Lungo questo asse "deformato" si collocano contenuti legislativi antitetici fra loro, diretti, in alcuni casi, a erodere l'ottica carcero-centrica *ante* e *post judicatum*, con aumento di deroghe al regime di sospensione dell'ordine di carcerazione e delle alternative penitenziarie e, in altri casi, al contrastante e insensato innalzamento delle pene edittali o alla manipolazione dei termini prescrizionali.

Un ulteriore elemento inibitore dell'adozione di reali pratiche mediative penali, il terzo, è rappresentato dal radicamento ossessivo del principio di obbligatorietà penale che viene letto come una sorta di tabù intoccabile (e spesso frainteso), frenando, da un lato, la rimodulazione dei rapporti fra vittima, reo e parte pubblica, dall'altro, mostrando tutta la sua fragilità, solo ove si pensi al numero impressionante di *notitiae criminis* (oltre un milione e trecentomila all'anno) che sacrifica molti illeciti penali "minori" sull'altare della prescrizione.

2. Difficoltà definitorie e individuazioni d'ambito: giustizia riparativa, mediazione, *diversion*

Con riguardo al primo dei punti in discussione, appare utile richiamare la nota contrapposizione fra l'orientamento "olistico" della giustizia riparativa, che pone l'accento sull'incontro tra le parti e sulla comunicazione tra autore e vittima di reato, e l'orientamento c.d. massimalista, che tende invece a proporre il paradigma all'intero sistema penale. Nella prima accezione, gli elementi caratterizzanti la *restorative justice* sono la volontarietà della partecipazione e l'informalità delle prassi adottate. A prescindere dall'esito, tratti indefettibili si rinvencono nel processo comunicativo, nel ruolo attivo dei protagonisti per la risoluzione delle questioni mediante lo scambio emotivo, nella comprensione reciproca e nell'empatia tra le parti¹⁰.

⁹ L'art.1 della c.d. riforma Orlando, nel testo attualmente in discussione al Senato, prevede l'inserimento dopo l'articolo 162-*bis* c.p. di un art. 162-*ter*, disciplinante l'estinzione del reato per condotte riparatorie.

¹⁰ Mccold P., Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Replay to the Maximalist Model, in Contemporary Justice Review, 3 (4), 2000, p. 393 ss.; Umbreit M.S., The handbook

L'approccio "massimalista", invece, considera «*restorative justice every action that is primarily oriented toward doing justice by repairing the harm that has been caused by crime*¹¹».

In questa seconda prospettiva, è soprattutto l'esito riparativo a venire in considerazione, con una grande attenzione alla dimensione fattuale, spesso disancorata dall'incontro fra le "parti" nel processo. La riparazione viene dunque sganciata dal consenso, ammettendo anche forme di coercizione, ovverossia prescrizioni dell'attività riparativa indipendenti dalla volontà delle parti e utili a mantenere la rilevanza pubblica e non privata dell'offesa.

Questa seconda accezione della giustizia riparativa tende forse a dilatarne eccessivamente il significato; viceversa, l'ancoraggio alla prima nozione finisce per restringerne fortemente il campo applicativo.

Non risolutivo al proposito è l'apporto delle fonti sovranazionali in materia, rinvenibili, in particolare, nell'art. 2 della direttiva 2012/29/UE del 25/10/2012, ove è contenuto il riferimento a «qualsiasi procedimento che permetta alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale¹²». A titolo esemplificativo, nel *Considerandum*, sono poi menzionati gli strumenti della mediazione penale (VOM), del *Family Group Conference* (FGC), nonché dei c.d. *circles*. Trattandosi di un elenco non tassativo, esiste comunque la possibilità che altre prassi possano rientrare nella definizione più generale fornita dalla direttiva. L'accezione europea è prevalentemente centrata sulla protezione della vittima e lascia fuori dall'ambito della giustizia riparativa le attività svolte dall'autore in favore della collettività (come i *community service*) o le attività rieducative in senso lato che risultino in qualche misura "sganciate" da una riparazione nei confronti della persona offesa, seppure di tipo indiretto o surrogato.

All'interno della *restorative justice*, la mediazione si connota poi tradizionalmente quale alternativa al modello tradizionale di giustizia contenziosa, volta a «rammendare una situazione di rottura o di tensione in vista della preservazione di un valore più durevole, la pacifica convivenza di soggetti che fanno parte di

of victim offender mediation: An essential guide to practice and research, Jossey-Bass, San Francisco, 2001. Su questi temi, si sofferma Parisi F., *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, in www.penalecontemporaneo.it, criticando l'eccessiva dilatazione della tesi massimalista.

¹¹Bazemore G.-Walgrave L., *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*, in Bazemore G.-Walgrave G.L. (edit.), *Restorative Justice for Juveniles: Repairing the Harm by Youth Crime*, Criminal justice press, Monsey, 1999, p. 48 ss.

¹²La raccomandazione del Consiglio d'Europa 1999 (99) definisce la mediazione penale come «procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo indipendente». La prima definizione fornita dall'UE trova invece collocazione nell'art. 1 della Decisione quadro del 2001 sulla protezione della vittima, ai sensi del quale per mediazione penale si intende «la ricerca, prima o durante il procedimento penale, di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato, con la mediazione di una persona competente». La nozione di *Restorative justice*, fornita dalle Nazioni Unite, è la seguente: «any process in which the victim and the offender and, where appropriate, any other individuals or community members affected by crime participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator».

un gruppo o di una relazione complessa»¹³. Il conflitto cui si allude è quello generato dalla commissione di un reato. L'essenza della mediazione consiste nell'agevolare la riconciliazione tra autore e vittima del reato, nella duplice ottica di favorire la deflazione penale e processuale nonché l'educazione e la crescita civile. Nella mediazione si ravvisano infatti tre elementi: *a)* la valorizzazione della vittima; *b)* il recupero del reo; *c)* le istanze di pacificazione sociale, attuate attraverso l'opera di un soggetto terzo.

Le «tecniche di *diversion*»¹⁴ rientranti nella giustizia riparativa consistono in «*any deviation from the ordinary criminal process, before an adjudication of guilt by a court, which results in the suspect's participation in some form of non-penal program*».

Questa nozione presente in molti Stati, scaturita dal Documento preparatorio dei lavori del XIII Congresso Internazionale di diritto penale, del 1984¹⁵, integra un concetto unitario e sovranazionale¹⁶, dal quale è possibile ricavare numerosi tratti caratterizzanti. Innanzitutto, la “deviazione” dal processo penale deve avvenire prima dell'emissione di un provvedimento che accerti la responsabilità e deve consistere nella partecipazione a un programma non penale, ovvero a qualsiasi forma di intervento che non abbia lo scopo di punire ma di riabilitare e di risolvere il conflitto sottostante al reato commesso¹⁷. Gli obiettivi del processo penale vengono perseguiti in maniera diversa proprio mediante il coinvolgimento della vittima e mediante la realizzazione della soddisfazione delle sue pretese che evitino ulteriori danni alla medesima¹⁸. Un aspetto, questo,

¹³ Cfr. l'analisi Renzetti S., *La mediazione nel microsistema penale minorile*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 642 ss.; Martucci P., voce *Mediazione penale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2005, p. 2; Ceretti A.-Di Ciò F., *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano*, in *Rass. penit. crim.*, 2002, p. 101; Ceretti A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in Picotti L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova 1998, p. 55.

¹⁴ Bertolini B., *Esistono autentiche forme di “diversione” nell'ordinamento processuale italiano? primi spunti per una riflessione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, propone un'interessante comparazione con l'esperienza austriaca. Cfr., altresì, Kapeller A., *Le sanzioni sostitutive nel diritto austriaco (“diversion”)*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, p. 697 ss.

¹⁵ Letture comparate si rinvencono in Stendardi D., *La nuova strategia di diversion minorile nel Regno unito e i suoi risultati*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 220 ss.; Mancuso E.M., *La giustizia riparativa in Francia e Germania: tra “Legalitätsprinzip” e via di fuga del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1958 ss.; Pastrana Angel A., *El estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, f. 6, p. 15; Kilchling M.-Parlato L., *Nuove prospettive per la “restorative justice” in seguito alla Direttiva sulla vittima: verso un “diritto alla mediazione”? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015 p. 4188 ss.

¹⁶ Hirano R.-Kos Rabcewicz Zubkowski L., *Diversion and Mediation, Commento in preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Rass. pen. crim.*, 1983, f. 1, 84. Su questi temi, Patané V., *Diversion*, in *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 68.

¹⁷ All'espresso scopo di evitare ogni equivoco, il documento elenca poi tutta una serie di tipologie di istituti che non possono essere considerati “*diversion*”: non è diversione una misura sanzionatoria alternativa alla detenzione in carcere; non lo è la comminazione di una misura, pur non sanzionatoria e quindi non penale in senso stretto, se successiva ad una sentenza; non lo è neanche l'eliminazione di certi reati o il loro trasferimento dall'ambito penale a quello amministrativo.

¹⁸ La Direttiva non prevede un obbligo per gli Stati membri di introdurre la giustizia riparativa nel sistema penale, bensì di rispettare determinate condizioni nello svolgimento delle prassi di *Restorative justice*, affinché la vittima possa trarne giovamento e non invece ulteriori danni. Lungo quest'asse può collocarsi il D.Lgs. 15/12/2015, n. 212, che ha cercato di implementare le norme mi-

sottolineato dal documento della Commissione Europea (*Directorate Justice* del dicembre 2013), che contiene disposizioni interpretative per la trasposizione e l'attuazione della direttiva 2012/29/UE in linea con le indicazioni offerte dalla Corte di giustizia¹⁹. Gli Stati restano dunque liberi di introdurre o meno meccanismi di giustizia ristorativa scegliendo, eventualmente, tipologie di reato ritenute più idonee per l'attuazione degli scopi *restorative*; ciò che è invece obbligatoriamente richiesto dalla Direttiva è l'introduzione di garanzie adeguate per evitare che la vittima sia nuovamente vittimizzata come risultato del processo di *restorative justice*.

3. I prodromi fra reali finalità mediative e semplici istituti di deflazione processuale

Uno sfondo concettuale così complesso e differenziato si traduce inevitabilmente in scelte attuative solo formalmente coerenti con gli obiettivi della *restorative justice* ma in realtà espressione di esigenze politico criminali dal tenore antitetico.

Guardando ad esempio alle ipotesi di *diversion* esistenti nella giurisdizione minorile italiana e in quella “di pace”, è facile riscontrare alcune delle contraddizioni appena evidenziate. Ci si riferisce agli istituti dell'irrelevanza del fatto, della messa alla prova e della mediazione pre-processuale (rispettivamente previsti dagli artt. 27, 28, 29 e 9 combinati all'art. 27, D.P.R. n. 488/1988) per il rito minorile, nonché alla mediazione a fini conciliativi, alla particolare tenuità del fatto e alle condotte riparatorie (artt. 29, 34 e 35, D.Lgs. n. 274/2000) previste nella disciplina del giudice penale di pace.

A ben vedere, essi, in alcuni casi, consentono la fuoriuscita celere dal canale giudiziario; in altri casi, esprimono un'offensività ridotta del procedimento, altre volte ancora, realizzano l'esigenza di tutela di una persona il cui carattere è ancora in via di formazione, come avviene per i soggetti minori di età; infine, più raramente, responsabilizzano gli individui coinvolti mediante una loro partecipazione attiva alla definizione del caso.

Queste norme appagano soprattutto finalità alternative al processo e non si inseriscono nello scenario tipico della giustizia riparativa caratterizzato dalla comunicazione tra più attori (vittima, autore, persone di supporto, esponenti della comunità) in presenza di un “terzo” facilitatore.

Siamo assai lontani, cioè, dagli obiettivi di *restorative justice*²⁰ incentrati sul bisogno di ascolto reciproco e di ricostruzione della relazione fra vittima e reo,

nime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (Del vecchio F., *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in www.penalecontemporaneo.it).

¹⁹ Cfr. Corte giust. UE, 15/09/2011, C-483/09 e C-1/10, Gueye e Sanchez, in www.penalecontemporaneo.it, con commenti di Voza D., *La “saga” della giurisprudenza europea sulla tutela della vittima nel procedimento penale continua con la sentenza Gueye*, e di Calò R., *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*.

²⁰ Si rinvia alle pagine di Fiandaca G., *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in Fiandaca G.-Visconti C., (a cura di) *Punire Mediare Riconciliare*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 21,

sull'aspetto più propriamente umano, sulle conseguenze a livello emotivo, oltre che sul rimedio effettivo delle cause più profonde della conflittualità.

Le reali proiezioni della conciliazione e della mediazione nel processo penale italiano vengono spesso semplicemente finalizzate alla mera remissione della querela, come avviene *ex art. 29*, comma 4, D.Lgs. n. 274/2000, in cui le tecniche conciliative nella giurisdizione penale di pace non rivestono un vero significato processuale ma sono appunto asservite alla finalità ulteriore e indipendente dell'abdicazione dalla *voluntas quaerelandi*. L'obiettivo è qui prevalentemente deflativo e non riparativo e il rilievo dato alla mediazione si inserisce più che altro in un'ottica di giustizia negoziata, assai lontana dal paradigma della "*restorative justice*" o dell'idea di *diversion*²¹.

La difficoltà di pervenire a una concezione condivisa di giustizia riparativa ne complica la resa pratica²² di modo che spesso si assiste a una commistione fra l'idea della conciliazione e quella della mediazione che dovrebbero essere mantenute distinte²³, esprimendo così tutte le incongruenze che inibiscono un reale mutamento del sistema. Perché la *restorative justice* abbia reali *chance* di successo dovrebbe invece instaurarsi una maggiore autonomia tra l'accertamento penale e l'attività mediativa.

A ben vedere, neppure l'art. 34, D.Lgs. n. 274/2000 – ove è prevista l'esclusione della procedibilità per fatti di particolare tenuità, attraverso un «vaglio sul piano "preventivo" circa la necessità o meno di procedere ulteriormente», basato sull'irrelevanza del fatto – realizza una vera e propria alternativa al processo penale. Esso rappresenta, piuttosto, un "ibrido" sostanziale con evidenti ripercussioni sulla disciplina processuale. Il giudice, in tale ipotesi valuta se un determinato fatto, per come si è storicamente svolto, alla luce del danno o del pericolo, dell'occasionalità, e del grado della colpevolezza, richieda o meno una pena e quindi implichi l'esercizio dell'azione penale con la conseguente celebrazione del processo²⁴. La decisione sull'irrelevanza esclude in assoluto il perseguimento degli obiettivi del diritto penale e rende superflua la risposta dello Stato.

Al contrario, nella *diversion* non si effettua una valutazione di irrilevanza del fatto²⁵ e gli scopi della giustizia penale (prevenzione generale, prevenzione spe-

per una prospettiva di possibile interazione di strumenti giudiziari ed extragiudiziari di elaborazione dei conflitti.

²¹ Questa è la condivisibile opinione di Bertolini B., *Esistono autentiche*, cit., p. 8.

²² Segnalano questa difficoltà derivante dalla essenza prasseologica del concetto Colamussi M.-Mestitz A., voce *Giustizia riparativa (restorative Justice)*, in *Dig. disc. pen.*, agg., Giapichelli, Torino, 2010, p. 423 ss. Su questi temi per una ricostruzione delle differenti impostazioni: Reggio F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Franco Angeli, Milano, 2010, p. 109 ss.

²³ Secondo Ciavola A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giapichelli, Torino, 2010, p. 306, nella mediazione l'accordo delle parti non ha le caratteristiche del «"compromesso" (...) che si fonda necessariamente sullo squilibrio delle posizioni di partenza, bensì quello di un patto basato sulla progressiva ricostruzione di una relazione tra le parti».

²⁴ De Francesco G., *Commento all'art. 34 – Esclusione di procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 204. Adesivamente, Bertolini B., *Esistono autentiche*, cit., p. 9.

²⁵ In Austria costituisce condizione per accedere alla *diversion*, tra le altre, proprio l'impossibilità di archiviare il caso per irrilevanza.

ciale, interessi della vittima) vengono realizzati in maniera alternativa – ed effettiva – con il coinvolgimento della stessa vittima.

Nell'estinzione del reato per avvenute condotte riparatorie, contemplata nella disciplina del giudice di pace penale (art. 35, D.Lgs. n. 274/2000), le anomalie si fanno ancora più evidenti. Sicuramente, qui è presente la volontà di evitare un processo ritenuto, *a posteriori*, superfluo, considerando la repressione penale come *extrema ratio*. Tuttavia, la valutazione di superfluità discende da un'autonoma azione di segno contrario rispetto al reato, compiuta ad iniziativa del reo, che in qualche modo annulla il disvalore causato dall'illecito. Gli atti riparativi sono posti in essere al di fuori del processo e in maniera del tutto indipendente dallo stesso, tant'è che la riparazione dovrà essere poi "dimostrata" in giudizio. Difettano però sia la procedura alternativa, attivata e seguita dagli organi statali, sia il "programma non penale" cui si sottopone il reo. Inoltre, i requisiti della causa di estinzione vengono modellati sulla finalità riconciliativa che è centrale nel sistema del giudice di pace, causando una drastica riduzione dell'operatività di tale importante strumento normativo²⁶, che mostra, ancora una volta, una certa distanza dal concetto di "*diversion*".

Il processo davanti al giudice non si ritiene socialmente e giuridicamente necessario laddove all'offesa venga posto rimedio. La natura esclusivamente monetaria della restituzione o refusione economica prevista dall'art. 35, D.Lgs. n. 274/2000 si allontana dall'idea della "riparazione" e si accosta, piuttosto, al risarcimento del danno, che annulla l'effetto negativo dell'illecito penale. Inoltre, non è richiesta una corrispondenza d'identità fra autore del reato e autore del risarcimento ma è sufficiente che le pretese vengano soddisfatte da persone terze rispetto all'imputato, purché siano state provocate, sollecitate e non ostacolate da quest'ultimo²⁷.

La logica della *restorative justice* nella prospettiva olistica pretenderebbe, invece, quanto meno uno sforzo del reo, un suo impegno personale e costruttivo, una consapevolezza di quanto causato e del male inferto. A difettare è in questo caso l'attenzione per la persona, per la sua storia e per la sua riabilitazione²⁸.

In più permane «il rischio di una condanna, nonostante la riparazione del danno, perché il giudice di pace può ritenerla insufficiente»²⁹, mentre la *diversion* dovrebbe rappresentare un procedimento definitivo e necessariamente risolutorio della vicenda.

²⁶ Bianchi D., *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 341 ss.; Murro O., *Le condotte riparatorie e il giudice di pace. Una soluzione alternativa delle controversie penali?*, ivi, 2011, p. 1521 ss.

²⁷ Su questi temi: Garuti G., *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. Conciliazione, irrilevanza e condotte riparatorie*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 142. In giurisprudenza, Cass., sez. IV, 25/10/2011, n. 38707 e Cass., sez. V, 07/11/2011, n. 40096, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 341.

²⁸ Cfr. ancora Bertolini B., *Esistono autentiche*, cit., p. 10.

²⁹ Jarvers K., *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace, la prospettiva tedesca*, in Picotti L., (a cura di) *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 13.

4. La messa alla prova per adulti: origini e deviazioni dal modello

Più di recente, sulla scia di questi “archetipi” e nell’ambito di un più vasto ripensamento del sistema sanzionatorio, la L. 28/04/2014, n. 67 ha introdotto la messa alla prova per adulti³⁰. Pure quest’istituto si pone astrattamente nel solco della giustizia riparativa, con gli auspici di realizzare un modello di giustizia più mite, meno repressivo, alternativo al processo e basato sul paradigma riabilitativo e conciliativo.

Un forte impulso alla applicazione diffusa della messa alla prova è derivata dalla pressione delle fonti sovranazionali sull’Italia, in una logica marcatamente inibitiva del carcere per le fattispecie scarsamente offensive.

Nella dimensione sovranazionale, la deviazione dal normale corso del processo (*diversion*), è ispirata soprattutto dall’instaurazione immediata di rapporti positivi con gli autori di reato: l’auspicio della Raccomandazione R(2010) del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole del Consiglio d’Europa, adottata il 20 gennaio 2010³¹, sulla *probation* era proprio l’adozione da parte degli Stati membri di misure alternative alla detenzione, funzionali al reinserimento sociale del reo. Ricollegandosi a questi obiettivi, la L. 28/04/2014, n. 67 ha esteso l’istituto, già previsto e sperimentato nel rito minorile³², attribuendo allo stesso la chiara finalità deflativa di giungere a una rapida definizione dei procedimenti che hanno ad oggetto reati di minore allarme sociale, attraverso una sentenza che dichiara l’estinzione del reato, sempre che non vi siano gli estremi per una pronuncia *ex art.* 129 c.p.p.

La L. 28/04/2014, n. 67 si protende in effetti verso una riforma del sistema sanzionatorio di più ampio respiro, con la prescrizione al legislatore delegato anche della riformulazione del catalogo delle pene principali e un’ulteriore opera di depenalizzazione³³.

Tuttavia, la cauta apertura verso strumenti e metodi della giustizia riparativa³⁴ lascia scorgere molte zone d’ombra già nei contenuti e negli aspetti linguistici della legge-delega.

In particolare, la messa alla prova per gli adulti presenta molte novità suddivise tra codice penale (condizioni applicative, contenuti generali della prova, effetti, revoca) e codice di procedura penale (tempi forme e soggetti della richiesta, provvedimento e prescrizioni, sospensione del procedimento, impugnazioni, enti coinvolti, esiti della prova e soluzioni finali). Le norme introducono, ri-

³⁰ La L. 28/04/2014, n. 67 ha imposto al legislatore delegato oltre alla riformulazione del catalogo delle pene principali, un’ulteriore opera di depenalizzazione e l’estensione agli adulti, con intento deflativo della pena e del processo, di istituti già presenti nel diritto penale minorile. La disciplina della messa alla prova per gli imputati adulti non ha tuttavia costituito oggetto di delega, bensì di normazione diretta ed è entrata in vigore dal 18/05/2014.

³¹ L’auspicio degli organi europei era quello dell’adozione da parte degli Stati membri di misure alternative alla detenzione, funzionali al reinserimento sociale del reo.

³² Per una recente analisi Renzetti S., *La mediazione nel microsistema penale minorile*, cit., p. 642 ss.

³³ La depenalizzazione è stata finalmente attuata con il D.Lgs. 15/01/2016, n. 7 e con il D.Lgs. 15/01/2016, n. 8.

³⁴ Il cui ingresso nell’ordinamento è esplicitamente richiesto dalla Direttiva 2012/29/UE.

spettivamente, una nuova causa estintiva del reato e un ulteriore procedimento speciale.

Da questo punto di vista, la messa alla prova per adulti mostra una “doppia anima” che esprime appieno le contraddizioni di una politica criminale manichevole di una prospettiva razionale di medio o lungo periodo.

La collocazione degli artt. 168-*bis*, *ter* e *quater* c.p. nel capo I, Titolo VI del libro I del codice penale porta, infatti, a ritenere che la sospensione del procedimento con messa alla prova costituisca altresì un beneficio³⁵, e ciò in ragione della *sedes materiae*, vale a dire dell’inserimento delle norme che la prevedono tra quelle relative alla sospensione condizionale della pena e prima di quelle sul perdono giudiziale per i minori.

Questo argomento potrebbe mostrarsi a favore della tesi della natura sostanzialistica, e non processualistica, dell’istituto e la prevalenza, o almeno la rilevanza dell’aspetto sostanziale, potrebbero deporre nel senso dell’applicazione della novella anche a fatti precedenti e ai procedimenti in corso in piena conformità, peraltro, con quanto sancito dalla evoluzione della giurisprudenza sovranazionale della Corte EDU³⁶ e della Corte di Giustizia UE³⁷ sulla portata applicativa del principio della legge più favorevole all’imputato (c.d. *lex mitior*), ormai invalso come precetto generale, proprio perché consacrato sia nell’art. 7 CEDU sia nell’art. 117 Cost. sia tra i principi generali del diritto dell’Unione.

Tuttavia, secondo la Corte Costituzionale³⁸, in presenza di alcune situazioni particolari, il principio di retroattività della *lex mitior* può subire deroghe o limitazioni con conseguente valorizzazione dei profili processuali concorrenti, e segnatamente, del principio *tempus regit actum*. Nella specie, sull’art. 464-*bis* c.p.p., che individua specifici momenti processuali per la proposizione della richiesta, si è recentemente espressa la Consulta, escludendo che la sospensione potesse e possa essere disposta nei procedimenti già pervenuti, all’epoca di entrata in vigore della L. n. 67/2014, oltre la soglia della dichiarazione di apertura del dibattimento. La soluzione cui si è pervenuti guarda dunque alla regola denunciata quale norma di diritto processuale, sia pur pertinente all’applicazione di una disciplina a carattere sostanziale³⁹. In egual modo la prevalenza del *tempus regit actum* ha indotto anche la Suprema Corte a escludere *in nuce* l’ammissibilità della richiesta di messa alla prova avanzata per la prima volta nel corso del giudizio di legittimità⁴⁰.

³⁵ Basti il richiamo all’art. 141 bis, intitolato “Avviso del pubblico ministero per la richiesta di ammissione alla messa alla prova”.

³⁶ Cfr. Corte edu, 17/09/2009, Scoppola c. Italia; Corte edu, 27/04/2010 Morabito c. Italia, in *www.budoc.echr.coe.int*.

³⁷ Cfr. Corte giust. UE, 28/04/2011, C-61/11, El Dridi, in *www.curia.europa.eu/juris*.

³⁸ Corte cost., 22/07/2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3021.

³⁹ In questi termini, Corte cost., 26/11/2015, n. 240, in *Giur. cost.*, 2015, p. 3333; Cass., sez. II, 16/01/2015, n. 18265, in *DeG* (05/05/2015), con nota di Campanaro C., *Messa alla prova: i limiti temporali sono inderogabili*.

⁴⁰ Cfr. Martella F., *Messa alla prova ‘per adulti’: la questione della (assenza di) disciplina intertemporale. Considerazioni sulla natura dell’istituto e qualche nota a margine di Cass. pen., Sez. Feriale, 31/07/2014, n. 35717*, Ceccaroni, in *www.penalecontemporaneo.it*.

La natura ibrida dell'istituto, con ripercussioni sistematiche cangianti, traspare poi da tutta una serie di altri aspetti: affiancando la *probation* per adulti alle cause estintive del reato riesce invero difficile comprendere per quale ragione essa non risulti inserita nella formulazione sia dell'art. 273 c.p.p. sia dell'art. 275, comma 2 *bis*, cpp., fra i fattori che inibiscono al giudice l'adozione della misura cautelare.

Facendo buon governo delle disposizioni citate, è pertanto auspicabile che ci si astenga dall'applicazione dei provvedimenti limitativi davanti all'eventualità della sospensione del processo. Per altro verso, la parallela collocazione delle disposizioni di cui agli artt. 464-*bis*, *ter*, *quater*, *quinquies*, *sexies*, *septies*, *octies* e *novies* c.p.p. nel libro VI (sui procedimenti speciali), dopo il titolo V, nell'ambito del (nuovo) titolo V-*bis*, induce a inserire la messa alla prova nel novero dei procedimenti speciali, in aggiunta al giudizio abbreviato, all'applicazione delle pena su richiesta delle parti, al giudizio direttissimo, al giudizio immediato ed al procedimento per decreto.

Permangono poi la configurazione di formula anticipatoria di proscioglimento, unitamente a quella di una corsia preferenziale per ridurre il carico giudiziario e contenere i tempi del processo, ad ulteriore conferma dei tratti polivalenti del meccanismo che abbina finalità special preventive a ragioni di tipo premiale.

Invero, se prevalesse la natura special-preventiva, la messa alla prova sarebbe accostabile al contenuto afflittivo proprio delle pene, con la contraddizione insita nel fatto che l'applicazione avviene nella primissima fase procedimentale nella quale difetta un vero e proprio accertamento della responsabilità del soggetto e nella quale non può parlarsi ancora tecnicamente di un "reo". E anche a volerla intendere come una sorta di "sospensione condizionale della pena", essa presenta caratteri sanzionatori eccessivamente marcati.

Assegnando invece prevalenza al connotato premiale, dovrebbero rinvenirsi maggiori profili di sinallagmaticità fra la rinuncia dell'imputato al processo con accertamento pieno e il trattamento sanzionatorio meno afflittivo, in linea con la prescrizione dell'art. 111, comma 5, Cost., che giustifica l'"abdicazione" del contraddittorio in cambio della realizzazione di esigenze di deflazione processuale. Le contraddizioni con l'anima premiale della riforma sono però altrettanto evidenti: nel caso di revoca o esito negativo si realizza lo scomputo del periodo di prova dalla pena; inoltre, la conclusione della prova importa sì l'estinzione del reato, previa però la necessaria valutazione della positività dell'esito.

Inoltre, rispetto al modello minorile di messa alla prova l'istituto di nuovo conio opera esclusivamente su richiesta dell'imputato, soggiace a una griglia di presupposti soggettivi e oggettivi molto limitanti (si pensi ai divieti per i delinquenti, abituali, professionali o per tendenza) e può essere richiesta solo *una tantum*. Anche in sede di revoca si segnalano delle tipicità: per i minorenni la revoca giunge in seguito a ripetute e gravi trasgressioni, nei maggiorenni essa si realizza pure con riguardo a violazioni di modesta entità.

A differenza dei precedenti normativi endosistematici⁴¹ che presuppongono

⁴¹ Si pensi all'art. 186, comma 9-*bis*, Codice della strada; all'art. 73, comma 5, DPR n. 309/1990;

una condanna, l'istituto pensato per gli adulti⁴² sembra destinato soprattutto ai soggetti che potrebbero subire pregiudizio ulteriore dalla sentenza di condanna, o anche da quella di patteggiamento, nell'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione o nella partecipazione a concorsi pubblici.

Spesso l'imputato vi fa ricorso per evitare l'afflittività insita nel processo, l'irrogazione delle sanzioni e l'eccesso di stigmatizzazione scaturente dalla pronuncia di affermazione di una responsabilità penale.

Sotto questo profilo, seppure non possa certo disconoscersi un certo valore sintomatico all'eventuale confessione, o all'ammissione anche parziale dell'addebito⁴³, non si è espressamente previsto tale requisito quale condizione imprescindibile per la concessione del beneficio in parola⁴⁴. Scelta quest'ultima assolutamente condivisibile, sol che si rifletta sugli effetti pregiudizievole che un comportamento processuale di tipo ammissivo potrebbe sortire in danno dell'imputato in tutte le ipotesi in cui il processo dovesse riprendere a causa dell'esito negativo della prova⁴⁵.

Ad essere pregiudicato, per converso, è tuttavia il percorso mediativo: esso presupporrebbe infatti che i due soggetti che decidono di sottoporvisi (ossia il richiedente e la persona offesa, ma anche, se del caso, i loro familiari) lo facciano, anche se non spontaneamente, quanto meno volontariamente e soprattutto, previa ammissione di responsabilità da parte del richiedente.

In effetti immaginare una mediazione, senza un'ammissione di responsabilità, contrasta con le caratteristiche e le finalità proprie dell'istituto.

Il legislatore ha dovuto tuttavia operare un bilanciamento fra la preoccupazione generale della compromissione della presunzione di innocenza e dell'accertamento processuale (laddove a seguito del processo mediativo-riparativo si realizzino ammissioni totali o parziali di colpevolezza) e il contrapposto riconoscimento da parte dell'autore, attraverso il consenso, dei fatti di reato almeno nei loro elementi essenziali.

Tale secondo aspetto è nodale per l'adesione al progetto ristorativo e per la realizzazione effettiva della tutela della vittima, chiamata a un percorso di mediazione con chi "ammette" di averle arrecato un'offesa.

Al proposito riecheggiano i precetti contenuti nella raccomandazione del

all'art. 47 Ord. pen. sull'affidamento in prova al servizio sociale (il cui comma 3-bis prevede un tetto di pena di 4 anni analogo a quello previsto per la nostra messa alla prova); all'affidamento in prova in casi particolari (art. 34, D.P.R., n. 309/1990); agli artt. 163 e 165 c.p. (lavoro di p.u. quale obbligo correlato alla sospensione condizionale della pena).

⁴² Per Viganò F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1301, lo scopo della deflazione carceraria costituisce la principale ragion d'essere della novella legislativa «in relazione, se non altro, alla necessità di ottemperare agli obblighi imposti all'Italia dalla nota sentenza Torregiani della Corte EDU». Sul tema Fiorentin F., *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 67; Marandola A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 676.

⁴³ Cass., sez. III, 06/06/2008, n. 27754, in *CED*, n. 240825.

⁴⁴ In questa direzione Cass., sez. V, 23/02/2015, n. 24011, in *CED*, n. 263777.

⁴⁵ Cesari C., *La vittima del reato penale: le direttrici della lenta costruzione di un nuovo ruolo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 463 ss.

Consiglio d'Europa 1999 sulla mediazione penale⁴⁶, che ha declinato i tratti della doppia tutela richiedendo, a monte, non già il riconoscimento della piena responsabilità, ma l'esistenza dei “*basic facts*” posti a fondamento della contestazione di reato e imponendo, a valle, che l'eventuale esito negativo del percorso riparativo non comporti comunque conseguenze pregiudizievoli per il reo a seguito del “ritorno” del caso nell'alveo “punitivo” del procedimento penale.

5. Esiti atipici e problematiche ricorrenti

Numerose questioni applicative dell'istituto di nuovo conio sono poi intimamente connesse al ruolo assegnato alla vittima-persona offesa. Anzitutto, è problematico comprendere se la persona offesa debba o meno essersi costituita parte civile per potere condizionare la concessione del beneficio al risarcimento del danno in suo favore. Troverebbe applicazione il principio espresso in alcune pronunce della Suprema Corte, secondo cui il giudice non può subordinare la sospensione⁴⁷, in difetto della costituzione di parte civile, all'adempimento dell'obbligo della restituzione di beni conseguiti per effetto del reato, riguardando esso, come il risarcimento, solo il danno civile, e non anche il danno criminale, che si identifica con le conseguenze di tipo pubblicistico che ineriscono alla lesione, o alla messa in pericolo, del bene giuridico tutelato dalla norma penale. Il ricorso al meccanismo sospensivo, subordinato alla restituzione di somme di denaro, in analogia con quanto previsto *ex art.* 165 c.p., potrebbe comunque realizzarsi anche nei casi in cui la persona offesa non si sia costituita parte civile⁴⁸.

Altra vasta area di quesiti investe i rapporti fra messa alla prova e lavoro di pubblica utilità. Dal combinato disposto degli artt. 168-*bis* c.p., 464-*bis* c.p.p. e 141-*ter* disp. att c.p.p. discende infatti la triplice possibilità di realizzare: *a*) le condotte riparatorie (volte cioè alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato) e, ove possibile, risarcitorie; *b*) l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento del programma, che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali; *c*) la prestazione di lavoro di pubblica utilità.

Le condotte riparatorie e risarcitorie, al pari dell'affidamento dell'imputato

⁴⁶ Al punto 14 della raccomandazione (Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. R(99) 19 adottata il 15/09/1999), infatti, si prevede che «*the basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basis for mediation. Participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings*». In argomento, Ceretti A.-Mazzucato C., *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 762 ss. Sulle linee-guida per l'applicazione della raccomandazione, emanate nel 2007 dalla *European Commission for the Efficiency of Justice* del Consiglio d'Europa, v. degli stessi autori Ceretti A.-Mazzucato C., *Mediazione reo/vittima. Le 'istruzioni per l'uso' del Consiglio d'Europa*, in *Nuove esp. giust. min.*, I, 2008, p. 201 ss.

⁴⁷ Così la Corte si è espressa in tema di concessione della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 165 c.p.: Cass., sez. II, 18/12/2013, n. 3958, in *CED*, n. 258045.

⁴⁸ In tal senso Cass., sez. II, 28/09/2010, n. 41376, in *CED*, n. 248924.

al servizio sociale per lo svolgimento del programma, presentano notevoli assonanze con gli omologhi istituti del processo minorile. La prestazione di lavoro di pubblica utilità, non prevista nella messa alla prova per i minorenni, diverge invece dalle altre forme già presenti nel sistema.

Ci si riferisce infatti alla sanzione applicabile dal giudice di pace, *ex art.* 54 D.Lgs. 28/08/2000 n. 274⁴⁹, ovvero a quella similmente prevista dal T.U. sugli stupefacenti⁵⁰ ed estesa efficacemente ad altre ipotesi⁵¹.

Nella nuova previsione mancano precisi criteri di riferimento per il giudice in ordine al vaglio della congruità sulla durata complessiva e sulla sua intensità, cui potrà sopperirsi veicolando l'ampia discrezionalità giudiziale nell'alveo dei parametri per la commisurazione della pena scanditi dall'art. 133 c.p.⁵².

Peculiare è poi il luogo di svolgimento della prestazione che coinvolge, oltre alle amministrazioni statali, regionali, comunali, o aziende sanitarie, anche altri enti, eventualmente internazionali di assistenza sociale, sanitaria, di volontariato.

La previsione del lavoro di pubblica utilità come "obbligatorio" evidenzia inoltre un carattere latamente punitivo, certamente distante dai paradigmi della *restorative justice* in senso olistico più sopra richiamati, palesando il rischio di realizzare una sorta di «cripto-condanna», preceduta da vere e proprie sanzioni penali sostitutive, ed assai distante dalle esigenze di personalizzazione della risposta statale sui singoli casi.

Peraltro, un pericolo analogo si annida nella prevista iscrizione nel casellario giudiziale dell'ordinanza che dispone la messa alla prova⁵³. Qui l'effetto stigmatizzante e criminalizzante dell'adempimento, in contrasto con la presunzione di innocenza, poteva essere evitato, analogamente con quanto avviene in altri ordinamenti, mediante la mera iscrizione al registro delle *diversion*, che è visibile esclusivamente dagli organi giudiziari, al fine di valutare la sensatezza di un eventuale nuovo intervento alternativo⁵⁴.

Di particolare innovazione e interesse è il programma di trattamento che va allegato alla richiesta di sospensione del procedimento ed è specificatamente disciplinato dall'art. 464 *bis* c.p.p.

⁴⁹ Le disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace non esauriscono tuttavia le ipotesi di lavoro di pubblica utilità, trattandosi di sanzione prevista altresì nell'art. 73 comma 5 *bis* del D.P.R. n. 309/1990 (introdotto a suo tempo dall'art. 4 *bis, lett. f)* della L. 21/02/2006 n. 49 e, dopo la pronuncia della Consulta (Corte Cost., 25/02/2014, n. 32, in *Giur. cost.*, 2014, p. 485) reintrodotta dalla L. 16/05/2014, n. 49.

⁵⁰ Essa è irrogabile su richiesta, ma previo parere del Pubblico ministero ed è concedibile al condannato che non possa beneficiare della sospensione condizionale della pena.

⁵¹ Soprattutto a Torino l'applicazione della modifica del Codice della strada (L. 29/07/2010, n. 120), peraltro collegata anch'essa alla genesi stessa dell'istituto della sospensione con messa alla prova, ha avuto ottimi esiti. Le statistiche dimostrano infatti che i condannati che hanno usufruito del lavoro di pubblica utilità, a partire dall'01/01/2011, sono stati complessivamente 2736, con un andamento crescente anno dopo anno.

⁵² Marandola A., *Il criterio quantitativo della pena per l'ammissione della messa alla prova*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2226, critica la lettura recentemente offerta sul punto dalla stessa Cassazione (Cass., sez. VI, 10/09/2015, n. 36687, *in*, p. 2224) che aveva negato il rito tenendo conto di un aggravante a effetto speciale.

⁵³ O meglio dell'ordinanza che dispone la sospensione del procedimento ad essa preordinata.

⁵⁴ In questi termini l'esperienza austriaca riportata da Bertolini B., *Esistono autentiche*, cit., p. 5 ss.

Esso, elaborato di intesa con l'Ufficio di Esecuzione penale esterna del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia (U.e.p.e.)⁵⁵, sembra aprire scenari nuovi nell'ambito dell'auspicato mutamento *restorative* della giustizia italiana, contemplando tutta una serie di attività, prescrizioni e condotte volte al reinserimento sociale, che coinvolgono l'imputato e la sua famiglia.

Le prescrizioni comportamentali (inerenti la dimora, la libertà di movimento, il divieto di frequentare determinati locali), gli altri impegni specifici (condotte riparatorie, restitutorie o risarcitorie, il volontariato), nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità aprono importanti "varchi mediativi" con la persona offesa, la quale, dunque, vede così affermato un inserimento a pieno titolo nello spazio di interazione con il reo. Altrettanto significativa è l'opera svolta dalle parti, invitate a guardare oggi alla messa alla prova come una valida alternativa al processo e alla pena.

Il mutato quadro comporta la creazione di veri e propri *network* tra giurisdizione, uffici di esecuzione penale esterna e soggetti della società civile, al fine di superare le ancora numerose criticità dell'istituto. Da questo punto di vista, il ricorso a "linee guida" protocolli, o vademecum, funzionali anche a coprire i vuoti normativi lasciati dalla L. n. 67/2014, sembra proteso a evitare inutili aggravi per l'U.e.p.e., così come a uniformare le soluzioni interpretative⁵⁶.

Del resto, la risposta vincente alla microcriminalità e al disagio sociale non può essere apprestata dal processo e dal carcere. La lunghezza dell'*iter* di accertamento con l'inevitabile costo della prescrizione, i periodi di carcerazione, più o meno lunghi, in condizioni disumane, appaiono come espressioni ineffettive e desuete rispetto alla strategia punitiva volta a ottenere un profitto per la società civile⁵⁷.

In questo contesto la "nuova" messa alla prova, pur con gli evidenziati difetti, segna un'indubbia inversione di tendenza in vista dell'obiettivo prioritario di temperare le esigenze di tutela della collettività con l'obiettivo fondamentale di reinserire il reo nel tessuto sociale e mostra, da subito, un bilancio decisamente positivo.

Già nei primi mesi di applicazione⁵⁸ si era registrato un prevalente ricorso alla messa alla prova soprattutto nei Tribunali del Nord Italia, ove sicuramente più numerose ed efficienti si presentavano le strutture e gli organici dell'U.e.p.e.⁵⁹.

⁵⁵ Si pensi solo alla vigilanza e/o assistenza nei confronti dei soggetti ammessi alle misure alternative alla detenzione, nonché ai compiti di sostegno e di assistenza nei confronti dei sottoposti alla libertà vigilata, o ai controlli in relazione al lavoro di pubblica utilità per le violazioni al testo unico degli stupefacenti o al codice della strada.

⁵⁶ Bove V., *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁷ De Vito R., "La scommessa della messa alla prova dell'adulto", in *Quest. giust.*, 2013, n. 6, p. 9 ss.

⁵⁸ Secondo i Dati diffusi dal Ministero della Giustizia, Genova è stato il primo tribunale per numero di istanze presentate al 31/10/2014 (365), seguito da Milano (341). Nel 2014, le richieste di messa alla prova per adulti, presentate presso il tribunale di Palermo, erano solamente 162.

⁵⁹ Il 09/06/2015 il Ministro della Giustizia ha adottato – in attuazione di quanto previsto dall'art. 8 della citata L. n. 67/2014 – un regolamento volto a disciplinare le convenzioni che lo stes-

A due anni dall'entrata in vigore dell'istituto, la prassi segnala un'aumentata (e più generale) propensione numerica verso il meccanismo sospensivo, a ragione della indefettibile necessità di fuoriuscita dal circuito penale in senso stretto⁶⁰.

Il dato significativo rimarca sia l'apprezzamento dei giudici per l'immediatezza esecutiva della messa alla prova e per la conseguente possibilità di realizzare un giudizio prognostico dal contenuto esteso⁶¹, sia gli importanti contributi offerti operativamente dalla difesa e dall'U.e.p.e. nella realizzazione degli obiettivi della giustizia conciliativa.

6. *Probation*, mito dell'obbligatorietà e pluralità di forme dell'azione penale

Sembra oramai giunto il momento di abbandonare pure l'ultimo retaggio culturale che si oppone al passaggio verso il modello di *restorative justice*, ossia la considerazione "mitica" del principio di obbligatorietà *ex art.* 112 Cost.⁶².

Il valore fortemente simbolico dell'obbligatorietà, a lungo dominante «l'orizzonte del processo penale italiano»⁶³, ha integrato un ulteriore tabù sostanziale riguardo a forme alternative di giustizia o a ipotesi generalizzate di *diversion*.

Ciò, sebbene, nel pan-penalismo imperante l'affermazione dell'obbligatorietà appaia piuttosto come il frutto di un'ipocrisia che si dissolve gradualmente nelle pieghe delle disfunzioni e dei ritardi del processo, imponendo il ricorso a correttivi quali la mediazione penale o l'archiviazione condizionata per gli illeciti di minore gravità⁶⁴. Negli scenari futuri, altrettanto imprescindibili appaiono la fissazione di modalità di controllo delle scelte dell'accusa (criteri di priorità), un'ampia depenalizzazione e il potenziamento degli organici giudiziari⁶⁵.

I drammatici contesti numerici della risposta penale impongono di guardare alla *diversion* quale forma reale ed alternativa di esercizio dell'azione penale, in un'accezione omnicomprensiva, coerente con il dettato costituzionale e rispettosa del principio di eguaglianza⁶⁶.

so Ministero (o, su delega di quest'ultimo, il presidente del tribunale), può stipulare con gli enti o le organizzazioni di cui al terzo comma dell'art. 168-bis del c.p.. Cfr. Maglione V., *Un primo bilancio della riforma*, in *Il Sole 24 ore*, 01/12/2014, p. 6.

⁶⁰ Secondo i dati forniti dal ministero della Giustizia, nel 2015, le richieste risultavano 6.557 (e 9.445 i procedimenti in corso per la concessione). Per il 2016, sino al mese di luglio le richieste per messa alla prova erano 10.937 con 9.029 istanze accolte.

⁶¹ Bartoli R., *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 4 ss.

⁶² La terminologia si deve a Fiandaca G., *La legalità penale negli equilibri del sistema giuridico - costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 142.

⁶³ Si veda Grevi V., *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rass. pen. e crim.*, 1983, f. 1, p. 52.

⁶⁴ Chiavario M., *Noterelle a prima lettura sul progetto della Commissione Bicamerale in tema di giustizia penale*, in *Leg. pen.*, 1998, p. 136.

⁶⁵ Questa la cura proposta da Ubertis G., *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 189 ss.; volendo, Maggio P., *Brevi riflessioni sui criteri di priorità nella trattazione delle cause, dettati dalla riforma sul "giudice unico"*, in *Il giudice unico nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 242-255.

⁶⁶ Bertolini B., *Esistono autentiche forme*, cit., p. 17; in prospettiva analoga già Ruggieri F., *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in *La mediazione nel*

È infatti necessario individuare una nuova essenza dell'eguaglianza di trattamento dei consociati ed accedere a una concezione più "modulare" dell'obbligatorietà, lontana dalle rigidità che ne farebbero un *unicum* assoluto nel variegato panorama europeo⁶⁷. Un'obbligatorietà nuova, aperta cioè alla sperimentazione di pratiche mediative e proiettata verso sbocchi "de-giurisdizionali"⁶⁸.

Evidentemente, per conciliare l'obbligatorietà dell'azione penale e gli altri principi dell'ordinamento con la costruzione di vere e proprie alternative al processo penale è necessario operare un bilanciamento con altrettanti interessi costituzionalmente protetti e potenzialmente prevalenti.

L'orizzonte finale è quello di una giustizia «il più possibile attenta al protagonista e destinatario dei suoi interventi e di conseguenza il più possibile rispettosa della dignità, dei bisogni, dei sentimenti dell'essere umano», sia esso autore o vittima, dato che «occorre urgentemente riscoprire che la giustizia e il diritto sono per l'uomo»⁶⁹.

Si tratta di un percorso che impone le dovute cautele, in quanto «condurre un processo presumendo che ci sia una vittima da reato, equivale a presumere che ci sia un colpevole, non certo un innocente»⁷⁰.

Tuttavia, proprio partendo da un'attenta considerazione dei possibili "rischi" nelle attuali prassi di giustizia riparativa possono crearsi gli spazi per il loro superamento e dunque per una più estesa applicazione di questi istituti. Le misure sospensive, una volta sgravate dai compiti deflattivi che ora le snatura, possono infatti assumere il valore di preziosi strumenti di inclusione sociale e di snodi essenziali della strategia preventiva⁷¹, idonei a rappresentare al contempo un esercizio «*implicito dell'azione penale*»⁷².

Per raddrizzare in questa direzione il «legno storto» del sistema sanzionatorio vanno però, anzitutto, superate le incertezze o contraddittorietà sulla "policy" futura⁷³ e va conferita piena autonomia scientifico-didattica alla giustizia riparativa⁷⁴.

sistema penale minorile, cit., p. 203 ss.

⁶⁷ Chiavario M., *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuovo" dalle molte facce (non sempre inedite)*, in Riv. dir. proc., 2006, p. 411; Id., *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in Cass. pen., 1993, p. 2658.

⁶⁸ Così Daraio G., *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in Dir. pen. proc., 2013, p. 357 ss.

⁶⁹ Mazzucato C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in Picotti L.-Spangher G., (a cura di) *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 150. In questa dimensione pedissequa Bertolini B., *Esistono autentiche forme*, cit., p. 18.

⁷⁰ Valentini V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 11.

⁷¹ Della Bella A., *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in Dir. pen. proc., 2016, p. 386.

⁷² Colamussi M., *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in Proc. pen. giust., 2012, f. 6, p. 132.

⁷³ Si vedano le interessanti notazioni critiche di Mannozi G., *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in Dir. pen. proc., 2014, p. 781.

⁷⁴ Lodigiani G.A., Mannozi G., *Formare al Diritto e alla Giustizia*, cit., p. 133.

Il descritto ripensamento della politica criminale in senso inclusivo delle vittime nella filosofia della *restorative justice* può allora davvero rappresentare un paradigma comunicativo di stabilizzazione sociale, capace di offrire risposte alternative alla pena in senso tradizionale, ed orientato alle aspettative delle vittime⁷⁵.

A questi fini, muovendosi entro una congerie complessa di compensazione – restituzione, in cui autore e vittima interagiscono nel mutuo rispetto, la riparazione dovrà infatti comprendere i danni materiali e quelli emozionali, le relazioni lacerate, riferibili non solo alle vittime intese come persone fisiche ma all'intera comunità. E le strategie di risoluzione collettiva di tipo collaborativo del conflitto dovranno snodarsi lungo un asse che dal danno subito nel passato giunge sino alle possibili implicazioni future⁷⁶ con percorsi riabilitativi comprensivi di cure sociali, mediche e psicologiche, nonché dell'assistenza legale.

In altri termini, a mutare dovrà essere la dimensione sociale della condanna nei confronti del reo, attraverso un dialogo morale, mirato non alla stigmatizzazione ma al rafforzamento della relazione tra reo e resto della comunità.

L'obiettivo è il raggiungimento della funzione di *'two-way process'*, in cui una parte tenta di rivolgersi alle ragioni dell'altra, piuttosto che alla sua paura: il processo diviene così una forma di responsabilizzazione, da compiersi a prescindere dagli effetti psicologici concreti e dal fatto che il reo rimarrà irremovibile e irrimediabile.

Quello che si impone è un modello nuovo di giustizia, di tipo "discorsivo", attento agli individui e alle loro esigenze (*justice as alterity*), capace di superare il paradigma formale o distributivo, proprio della tradizione del diritto pubblico: la giustizia conciliativa non punta infatti a edificare nuovamente l'eguaglianza relazionale nel trattamento di una moltitudine di soggetti, attribuendo prestazioni (positive o negative) secondo la misura dei meriti, della colpevolezza, delle capacità, ma piuttosto a incrementare le capacità di tutti i soggetti – *in primis* il reo – di assumersi le proprie responsabilità nei confronti della collettività, comprendendo il significato di illiceità e la ragionevolezza della risposta dell'ordinamento (secondo l'interpretazione dell'art. 27, comma 3, Cost., avallata anche dalla Consulta)⁷⁷.

In questa dimensione, il desiderio di giustizia della vittima viene soddisfatto e si rinsalda nella collettività la fiducia nella vigenza delle norme violate, ascri-

⁷⁵ Si rinvia ancora a Cornacchia L., *Vittime e giustizia criminale*, cit., p. 1790 ss.

⁷⁶ Cfr., Cornacchia L., *Vittime e giustizia criminale*, cit., p. 1789 ss. Oltre alle forme di restituzione per le vittime, ossia alle misure deputate a restaurare lo *status quo ante* della vittima (in termini di libertà, cittadinanza, o di accesso al lavoro o benefici, o restituzione di beni; ovvero di riaffermazione della propria dignità), dovranno essere garantiti localizzazione, identificazione e recupero dei resti delle persone che sono state uccise o sono scomparse. Al contempo dovrà realizzarsi la cessazione delle violazioni, con il ritorno a una vita libera da paure. Auspicabili sono, infine, scuse ufficiali, dichiarazioni giudiziali che riaffermino dignità della vittima, divulgazione pubblica della verità, commemorazioni.

⁷⁷ Cfr. Eusebi L., *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2008, p. 192 ss.

vendo alla sanzione penale, tradizionalmente intesa, schemi riparativi e conciliativi modulati sullo schema “*truth, justice and redress*”⁷⁸.

La prevenzione generale positiva limiterà pure le cause della recidiva, smorzando il desiderio di vendetta delle vittime e riducendo le situazioni conflittuali⁷⁹.

In tal modo può superarsi l’idea di una proporzionalità sanzionatoria in chiave angusta e quantitativa mediante una reale implementazione degli interessi delle vittime anche in sedi extra – processuali, più distanti dai rischi di vittimizzazioni secondarie o terziarie.

Nell’approccio informale non punitivo saranno proprio le “persone offese” a giocare il ruolo fondamentale, vedendosi riconosciuto il potere di decidere se accettare il piano di riparazione da parte del reo⁸⁰, con l’affermazione di un’idea di giustizia conciliativa che renda protagonisti i vari soggetti del conflitto e consenta il loro reale reinserimento in un contesto sociale pacificato.

⁷⁸ In questi termini Cornacchia L., *Vittime e giustizia criminale*, cit., p. 1791 ss. Altresì Hudson B., *Victims and Offenders*, in A. von Hirsch, Roberts J., Bottoms A.E., Roach K., Schiff M., *Restorative Justice & Criminal Justice competing or reconcilable paradigms*, Hart publishing, Oxford, 2004, p. 178.

⁷⁹ Venafo E., *Brevi cenni introduttivi sull’evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in Venafo E.-Piemontese C., *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 20 ss.

⁸⁰ Roach K., *Due Process and Victims’ Rights*, University of Toronto Press, Toronto, 1999, p. 33 ss.

