

La giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano.

di *Stanislao Sessa*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Gli spazi operativi per l'innesto di esperienze di giustizia riparativa nel sistema penale italiano. – 2.1 La mediazione nel procedimento penale minorile. – 2.2 La mediazione nell'ambito della probation per imputati adulti. – 2.3 La conciliazione delle parti nel procedimento penale dinanzi al giudice di pace. – 2.4 La mediazione nella fase esecutiva. – 3. Conclusioni.

1. Premessa.

L'introduzione in Italia di un meccanismo così diverso rispetto ai principi tradizionali del sistema penale è risultata non priva di complessità, atteso che il nostro ordinamento è poco propenso a riconoscere alla vittima un ruolo di protagonista. Inoltre, l'operato del Legislatore, in quelle rare occasioni in cui ha introdotto degli strumenti rispondenti al modello della giustizia "senza spada", è stato sorretto da mere finalità deflattive. Il ruolo della vittima è sempre stato relegato alle richieste risarcitorie.

Il Tavolo di lavoro 13, in materia di giustizia riparativa e mediazione penale, si premura di "respingere le suggestioni che i programmi di giustizia riparativa rispondano a finalità deflattive (che sembrano sottese all'istituto del proscioglimento per particolare tenuità del fatto) o di riduzione della sovrappopolazione carceraria, finalità certamente non incompatibili ma del tutto eccentriche rispetto allo «spirito» della *restorative justice*"¹.

Quindi, anche se è innegabile che l'avvicinamento a questi strumenti sia stato mosso anche da intenti deflattivi, essi non devono surclassare i veri scopi alla base della *restorative justice*.

Appare opportuno, dunque, analizzare quali sono i rapporti tra i principi della giustizia riparativa e i principi costituzionali che sorreggono il processo penale. Alcuni ritengono che siano proprio i dubbi di legittimità costituzionale che si frappongono all'introduzione nell'ordinamento italiano degli strumenti di *restorative justice*. Inoltre, va sottolineato che questi istituti sono nati in ordinamenti giuridici in cui vigono principi molto diversi da quelli del *civil law*. Nell'attuale sistema penale si ritiene che il principio che entra in maggior conflitto con i principi della giustizia riparativa sia quello dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.*, atteso che esso prevede che il pubblico ministero, alla chiusura delle indagini preliminari, debba sciogliere il nodo tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale. La sua

¹ Tavolo 13 Giustizia riparativa, mediazione, tutela vittima, Allegato 4, Relazione dell'accompagnamento al format presentato dal tavolo 13, p. 4.

scelta non è però discrezionale in quanto egli dovrà compiere la valutazione sulla fondatezza della notizia di reato e dovrà basarsi su un giudizio prognostico circa la sostenibilità dell'accusa in dibattimento e, quindi, sull'utilità del dibattimento. I casi in cui il pubblico ministero può proporre al giudice l'archiviazione della notizia di reato sono tassativi e sottoposti a controlli. Ciò rappresenta un ostacolo all'introduzione di istituti di *flessibilizzazione*, allorché si ritiene che, qualora sussistano i presupposti per attivare l'azione penale, il pubblico ministero non abbia margine di scelta, anche nei casi (perseguitabili *ex officio*) in cui si sia arrivati a una preventiva conciliazione tra vittima e reo.

Ad oggi, il principio di obbligatorietà dell'azione penale impedisce di considerare l'esito positivo della mediazione come un meccanismo radicalmente impeditivo dell'azione penale e la dottrina afferma che il pubblico ministero potrebbe legittimamente chiedere l'archiviazione solo ove riuscisse ad "*individuare spazi normativi che, all'interno del procedimento legale-formale, consacrino, anche processualmente, l'eventuale esito positivo della mediazione*"². In questo caso, qualora ci fossero dei presupposti conciliativi normativamente definiti ed un controllo giurisdizionale sulle decisioni della pubblica accusa, si potrebbe optare per un'archiviazione dell'azione penale basata sulla verifica dei suddetti presupposti³.

Un altro ordine di considerazioni è suscitato da una pronuncia della Corte costituzionale del 15 febbraio 1991, secondo cui "*il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo*". Si può ritenere che un danno possa essere superfluo quando abbia perso i requisiti di offensività e lesività; la riparazione tempestiva del danno, riducendo il disvalore sociale della condotta, diminuendone le conseguenze pregiudizievoli, potrebbe portare a considerare il danno come superfluo⁴.

Altro principio che potrebbe entrare in conflitto con la giustizia riparativa è il principio di non colpevolezza *ex art. 27, comma 2, Cost.*: esso prevede che la colpevolezza non possa essere attribuita fino alla condanna definitiva, quindi si andrebbe incontro ad un problema nel caso in cui la mediazione abbia avuto esito negativo e ci sia la necessità di tornare al rito ordinario. Inoltre, se lo svolgimento della mediazione esigesse la preventiva confessione del soggetto, si andrebbe contro il principio *nemo tenetur se detegere*, secondo cui nessuno può essere obbligato a confessare la propria responsabilità penale⁵. Tuttavia, dalle fonti sovranazionali, emerge che i requisiti per entrare in percorso mediativo non siano legati all'ammissione della

²V. PATANÈ, *Ambiti di applicazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, in Aa.Vv., *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, a cura di A. Mesitz, Carrocci, Roma, 2004.

³F. RUGGERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. Picotti, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, p. 200.

⁴S. TIGANO, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2006, p. 38.

⁵M. CAGOSSI, *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali* a cura di L. Lupária, Milano, 2015, p. 158.

colpevolezza da parte dell'imputato, ma più semplicemente al riconoscimento da parte di quest'ultimo dei fatti essenziali del reato.

La disponibilità dell'imputato ad esplorare le possibilità conciliative non può essere interpretata come tacita ammissione di responsabilità (§14 Racc., 8 Principi Base). Per quanto riguarda invece il rispetto del principio indicato in Costituzione, al terzo comma dell'art. 27, secondo cui "*le pene devono tendere alla rieducazione del condannato*", si ritiene che, in questo caso, più che una frizione si possa verificare un'opera coadiuvante da parte della giustizia riparativa, atteso che le soluzioni di compromesso raggiunte dalle parti contrapposte possono produrre effetti riabilitativi oggettivamente più ampi rispetto alle sanzioni afflittive classiche. Ciò vuol dire che la funzione rieducativa si potrebbe realizzare proprio attraverso dei percorsi alternativi che si propongono di risocializzare l'autore del reato.

Altro limite costituzionale alla definizione della controversia, attraverso pratiche meditative, può essere rappresentato dal principio di legalità, che sancisce la doverosità della repressione dei comportamenti che violino la norma penale, mediante strumenti tipizzati dal legislatore. Interpretando però la riserva di legge non in senso assoluto, si potrebbe considerare derogabile tale previsione costituzionale tutte le volte in cui si tratti di applicare misure alternative alla sanzione tradizionale, volte a favorire il recupero sociale del reo, attraverso la concessione di un trattamento più favorevole⁶.

In conclusione, si ritiene che i principi della giustizia riparativa, se opportunamente disciplinati, possano integrarsi proficuamente nel nostro ordinamento, in sintonia con il dettato della Costituzione.

Infine, è utile specificare che i termini, per il recepimento della suddetta Direttiva, scaduti nel novembre 2015, sono stati parzialmente osservati dall'Italia, attraverso l'emanazione del decreto legislativo 15 dicembre 2015 n. 212, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 5 gennaio 2016, contenente una serie di modifiche al codice di procedura penale. Tale decreto tocca principalmente aspetti legati alla partecipazione della vittima al procedimento e, per quanto riguarda la giustizia riparativa, il nuovo articolo 90 *bis* c.p.p. indica, tra le informazioni da dare alla persona offesa, la possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela, *ex art.* 152 c.p., ove possibile, o attraverso mediazione⁷.

2. Gli spazi operativi per l'innesto di esperienze di giustizia riparativa nel sistema penale italiano.

2.1. La mediazione nel procedimento penale minorile.

In Italia il processo minorile è stato il primo luogo in cui si sono sviluppate esperienze significative di mediazione penale, questo proprio in ragione delle particolari caratteristiche del soggetto sottoposto a processo penale. Il D.P.R. n. 448 del 1988,

⁶ S. TIGANO, Giustizia riparativa e mediazione penale, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2006, p. 40.

⁷ R. BRACALENTI, C. Santonico Ferrer, Vittime, responsabilità sociale e giustizia riparativa, in *AA.VV. Minorigiustizia*, n. 1, 2016, p. 134.

invero, ha attuato la delega che era stata conferita al Governo per riformare il procedimento con imputati minorenni. In particolare, la riforma è stata diretta ad attuare le speciali esigenze di rieducazione che devono muovere il processo penale, nei confronti di imputati minorenni. Tale obiettivo risulta imposto dalla Costituzione la quale, all'articolo 31, impone di prestare una particolare tutela all'infanzia e alla gioventù. Il processo è stato di conseguenza ispirato al «*principio di "minima offensività", secondo cui il processo penale non deve influire sulle esigenze educative del ragazzo e ledere il suo percorso evolutivo né attivamente – costringendolo a seguire percorsi formativi non adatti – né passivamente interrompendo eventuali itinerari educativi già in atto*»⁸. In ossequio a tali principi, il processo è stato dunque delineato come se fosse costituito in due fasi: la prima diretta ad accertare il fatto e la responsabilità del minore; la seconda, invece, funzionale a verificare la personalità del minore, nel suo essere e divenire, valutata mediante un giudizio prognostico circa la sua possibile evoluzione/involuzione⁹.

La mediazione trova ingresso nel sistema penale processuale minorile attraverso due modalità: la prima, di tipo pre-processuale, consente di incardinare la mediazione nella fase delle indagini preliminari, mentre la seconda, di tipo processuale, si instaura a processo già iniziato.

Nella fase delle indagini preliminari, l'art. 9 del D.P.R. n. 448/1998 consente al pubblico ministero ed al giudice di acquisire informazioni sul minore, in merito alla sua personalità, alla sua sfera familiare e sociale, anche avvalendosi della consulenza di esperti; tali informazioni devono essere acquisite senza formalità e possono essere richieste in ogni fase del processo, qualora risulti opportuna un'analisi approfondita sulla personalità del minore. Questa previsione porta con sé una portata innovativa perché, normalmente, la personalità dell'autore, come si evince dal secondo comma dell'art. 220 c.p.p., non viene presa in considerazione. Attraverso questo accertamento, invero, viene vagliata la disponibilità del minore ad incontrarsi con la vittima, a prendere in considerazione la sua condotta e a valutare l'ipotesi di avviare un processo di responsabilizzazione, anche attraverso un'attività di riparazione¹⁰. La conoscenza da parte del giudice e del pubblico ministero delle predette informazioni, spinge a compiere valutazioni di tipo prognostico sul comportamento del minore e sulla sua predisposizione a partecipare a percorsi di tipo riparativo e riconciliativo. Qualora, dall'accertamento, dovesse emergere la predisposizione del minore ad affrontare questo percorso, vittima e indagato, dopo aver espressamente rilasciato il loro consenso, possono incontrarsi e confrontarsi, alla presenza di un operatore dell'Ufficio per la Mediazione. Avviando questo procedimento si promuove un

⁸ M. GRIMOLDI-R. CACIOPPO, L'abito su misura. Significato ed effetti attesi dai contenuti di progetti di messa alla prova a favore di minori autori di reato, in "Minorigiustizia", 2013, n. 1, p. 121.

⁹ C. LOSANA, L'Ascolto del Minore nell'Osservazione sulla Personalità, in "Minorigiustizia", 2008, n. 4, pp. 22-30.

¹⁰ M. CAGOSSI, Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano, in Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali a cura di L. Lupária, Milano, 2015, p. 159.

percorso di responsabilizzazione del minore non solo ancorato su ciò che è avvenuto, sul reato compiuto, ma soprattutto sul comportamento attivo e concreto che il minore dovrà avere nei confronti della vittima: si parla quindi di responsabilizzazione per il futuro¹¹. Quando tale procedura viene espletata in sede di indagini preliminari, riveste anche un importante effetto deflattivo. Però, anche a seguito di una mediazione ben riuscita, non può assolutamente scaturire da essa un automatico effetto sul processo penale, ad eccezione dei reati perseguibili a querela. Infatti, qualora all'esito della mediazione sia avvenuta la remissione della querela da parte della vittima, il pubblico ministero potrà immediatamente chiedere l'archiviazione. Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercizio dell'azione penale quindi, anche qualora le parti siano giunte ad una composizione del conflitto extragiudiziale, se il pubblico ministero ritiene che la notizia di reato sia fondata e relativi a fatti procedibili *ex officio*, non può esimersi dal procedere. Neanche il giudice, in tali casi, può definire il giudizio sulla base di ciò che è avvenuto in mediazione. Vi sono però casi in cui l'esito positivo della mediazione, se supportato dall'esistenza di altri requisiti previsti dalla legge, può avere un'incidenza sul processo. Nei casi procedibili d'ufficio, i risultati positivi del percorso mediativo possono essere valutati ai fini del riconoscimento della particolare tenuità del fatto, *ex art. 131 bis c.p.*; quando sia stato raggiunto un accordo riparatorio-risarcitorio, della circostanza attentante di cui all'art. 62, n. 6, c.p.. Il pubblico ministero potrà chiedere al giudice per le indagini preliminari l'emissione della sentenza di non luogo a procedere, *ex art. 27 del D.P.R. n. 448/1998*, consistente nel proscioglimento del minore per irrilevanza del fatto. In base all'art. 27 citato, qualora ricorrano congiuntamente i requisiti della tenuità del fatto, dell'occasionalità del comportamento e dell'eventuale pregiudizio derivante dal sottoporre il minore a un procedimento penale, il giudice può decidere di pronunciarsi con una sentenza di non luogo a procedere.

La scelta della pubblica accusa e la decisione del giudice, di propendere per questa benevola soluzione, può essere senz'altro incoraggiata dalla composizione del conflitto, avvenuta tra le parti, attraverso le forme della riparazione e conciliazione¹². La riparazione avvenuta prima del dibattimento, comporta una riduzione dell'entità del danno e, di conseguenza, aumenta le possibilità del reato di rientrare nel parametro per la valutazione della tenuità del fatto. Attraverso la mediazione si riesce a promuovere il processo di responsabilizzazione del minore che, con buone probabilità, andrà a rafforzare il giudizio prognostico positivo sui suoi futuri comportamenti e potrà aiutare a classificare quel fatto come non abituale. Alcune proposte indicano, altresì, una c.d. *attivazione post-processuale*: dopo il proscioglimento *ex art. 27 D.P.R. n. 488/1988*, il minore viene inviato all'Ufficio per la Mediazione per essere responsabilizzato in ordine al fatto commesso che, anche se tenue e occasionale, può essere indice di un pericoloso disagio. In questo modo si vuole colmare il vuoto di

¹¹ A. CERETTI, *Come pensa il tribunale per i minorenni*, Milano, 1996, p. 178

¹² M. CAGOSSI, *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali* a cura di L. Lupária, Milano, 2015, p. 160.

significato giuridico, etico e sociale che, per il minore, accompagna il provvedimento *ex art. 27* citato; si vuole, altresì, evitare che l'esito estintivo del reato e l'assenza di sanzione per il colpevole possano lasciare privo di risposta il bisogno, dell'offeso e della collettività, di vedere affermata la responsabilità ravvisabile in un'ipotetica condotta riparatrice¹³.

Altra norma è l'art. 28 D.P.R. n. 448/1988 che, nel prevedere la “*sospensione del processo e messa alla prova*”, prospetta l'ipotesi di attivazione processuale della mediazione. Con questo istituto si è affermata l'idea che la risposta al reato possa essere costituita da un progetto piuttosto che da una pena: questa previsione introduce, per la prima volta, la prospettiva di un dialogo tra il giudice, i servizi sociali e il minore per andare a delineare la struttura di quel progetto, il quale avrà finalità riparative e riconciliative nei confronti della persona offesa¹⁴. La sospensione con messa alla prova è un istituto a cui si ricorre quando si ritiene di dover procedere a una valutazione differita della personalità del minore prevedendo che, all'esito del periodo di prova, nel caso esso venga dichiarato positivo, il reato debba dichiararsi estinto.

L'istituto, dunque, costituisce l'opportunità di un pieno recupero di soggetti la cui personalità è ancora in formazione, i quali potrebbero ricavare da un sistema penale, meramente sanzionatorio, conseguenze assai pregiudizievoli: è uno strumento che può aiutare il minore a riflettere su quello che ha commesso, che lo può socialmente orientare e sostenere, nelle sue difficoltà, in modo da consentirne il reinserimento positivo nella società¹⁵.

L'idea sottesa alla previsione normativa è che «la personalità del minore evolve incessantemente e che questa evoluzione va assecondata con adeguati programmi di aiuto e di sostegno»¹⁶.

Si ritiene che la sospensione con messa alla prova sia uno dei modi di definizione anticipata dell'iter procedimentale. Tale qualificazione non sembra condivisibile in quanto l'estinzione del reato si avrà soltanto in caso di esito positivo della prova. Più che una forma ordinaria di “definizione anticipata del procedimento”, la sospensione del processo connessa alla prova può essere qualificata come una forma di “probativo”¹⁷. Questo istituto trae la sua origine dal *probativo system* anglosassone, rispetto al quale si distingue per il fatto che, nel modello anglosassone, la prova è una misura alternativa alla pena e posteriore alla sentenza di condanna, mentre nel modello italiano essa precede la pronuncia sul merito.

¹³ M. C. Di GANGI, La mediazione penale quale metodo alternativo di soluzione del conflitto nella prospettiva comparata, in *diritto.it*, 2010, p. 11.

¹⁴ L. EUSEBI, Sviluppi normativi per una giustizia riparativa, in *Aa. Vv. Minorigiustizia*, n. 1, 2016, p. 36.

¹⁵ N. TRIGGIANI, La deflazione giudiziaria, G. Giappichelli Editore, 2014, p. 20.

¹⁶ G. SPANGHER, La pratica del processo penale, vol. I, I procedimenti speciali. Le impugnazioni. Il processo penale minorile. Accertamento della responsabilità degli enti, Cedam, Padova, 2012, p. 423.

¹⁷ N. TRIGGIANI, La deflazione giudiziaria, G. Giappichelli Editore, 2014, p. 21.

Altra questione è quella legata alla necessità o meno che il minore assuma le sue responsabilità, in ordine al fatto che gli viene imputato: si ritiene che la valutazione che il giudice è chiamato a compiere, ai fini dell'accoglimento della richiesta dell'imputato, non può prescindere dalla valorizzazione di tale comportamento. La Suprema Corte ha affermato che tale giudizio non può prescindere dalla valutazione del reato commesso, dalle modalità di esecuzione dello stesso e dai motivi a delinquere¹⁸. Inoltre, la Corte di Cassazione ha affermato che l'ammissione alla messa alla prova dell'imputato, previa sospensione del processo, richiede da parte dell'interessato la rimeditazione critica del passato e la disponibilità ad un costruttivo reinserimento, le quali, pur non esigendo la confessione degli addebiti, risultano incompatibili con la frontale negazione di ogni responsabilità¹⁹. L'ammissione dell'addebito, tecnicamente intesa, non è considerata condizione essenziale di concedibilità della sospensione e spesso, è considerato proprio «un punto di arrivo dell'istituto»²⁰. Il giudice, dopo aver sentito le parti, può disporre la sospensione durante l'udienza preliminare o durante il dibattimento. Il giudice dispone la sospensione del processo con ordinanza motivata, sentite le parti e dopo aver acquisito un progetto di intervento elaborato dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, in collaborazione con i servizi socio-assistenziali degli enti locali.

Con una sentenza nel 2003, la Corte di Cassazione ha affermato che «*l'elaborazione del progetto deve necessariamente precedere l'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova, sicché il giudice, al momento della pronuncia, non può prescindere dal progetto medesimo, pur se mantiene la potestà di intervenire sulla bozza predisposta dai servizi sociali per ottenere integrazioni o modifiche intese a rendere ammissibile l'accesso al meccanismo*».

Il progetto di intervento, ai sensi dell'art. 27 d.lgs. n. 272/1989, deve prevedere tra l'altro: a) le modalità di coinvolgimento del minore, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita; b) gli impegni specifici che il minore è chiamato ad assumere; c) le modalità di partecipazione al progetto degli operatori della giustizia e dell'ente locale; d) le modalità di attuazione eventualmente dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa. Sulla domanda decide il giudice in contraddittorio tra le parti. In difetto di tale ultimo requisito la Giurisprudenza ritiene si configuri «una nullità di ordine generale sotto il profilo della violazione dei poteri del pubblico ministero di iniziativa dell'esercizio, o quantomeno di prosecuzione, dell'azione penale, atteso che solo l'esito positivo della prova comporta l'estinzione del reato»²¹. La sospensione viene disposta con ordinanza motivata e il giudice affida il minore ai servizi sociali per lo svolgimento delle opportune attività di osservazione. L'ordinanza applicativa della

¹⁸ Corte di cassazione, Sez. V, 7 dicembre 2012, n. 1435.

¹⁹ Corte di cassazione, Sez. IV, 20 giugno 2014, n. 32125.

²⁰ M. CHESSA-M. GASPARINI-A. POLI, La Messa alla Prova nell'Esperienza del giudice per l'Udienza Preliminare presso il Tribunale dei Minorenni di Milano, in "Minorigiustizia", 2008, numero 4, pp. 102-118.

²¹ Corte di cassazione, 23 settembre 1997, n. 9790.

sospensione può essere impugnata direttamente in Cassazione dal pubblico ministero, dall'imputato e dal suo difensore *ex art. 28*, comma 3, D.P.R. n. 448/1989. L'ordinanza con la quale il tribunale per i minorenni rigetta la richiesta di sospensione, secondo la Giurisprudenza prevalente, può essere impugnata solo congiuntamente alla sentenza conclusiva del procedimento, in ossequio alla regola generale di cui all'art. 586 c.p.p. Le prescrizioni offerte dall'articolo 28 citato sono, principalmente, quelle dirette a riparare le conseguenze del reato e quelle dirette a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa.

È importante ribadire che la possibilità del giudice di indirizzare il minore ad un percorso mediativo, di prescrizione riparativa, è sottoposta in tutti i casi al consenso delle parti. La mediazione non può essere imposta coattivamente né al minore né alla vittima. La proposta del giudice però, sebbene non possa essere imposta forzatamente, non assicura comunque una scelta del tutto libera e incondizionata delle parti. Si pone, infatti, il rischio che il minore partecipi senza una vera predisposizione, dal punto di vista morale, e lo faccia per mere ragioni utilitaristiche, connesse alla prospettiva di essere ammesso a siffatto beneficio premiale. Questo comporterebbe un concreto allontanamento dai principi stessi della mediazione.

L'altro rischio al libero consenso, causato dal ricorso alla mediazione come prescrizione per la messa alla prova, è a carico della vittima: il sapere che dall'altra parte del rapporto c'è un soggetto minore potrebbe indurla a partecipare per non aggravare la situazione del suddetto più che per una reale volontà di affrontare la mediazione. È opportuno sottolineare che comunque, nel processo minorile più che in quello ordinario, la mediazione rappresenta per la vittima un'opportunità di partecipazione alla risoluzione del conflitto atteso che, nel processo minorile, il suo ruolo è ancora più marginalizzato che in quello ordinario. L'art 10, comma 1, D.P.R. n. 448/1988 prevede, infatti, l'inammissibilità dell'azione civile per la restituzione risarcimento del danno. Ecco che quindi la mediazione può diventare un opportuno contesto compensativo a favore della vittima, alla quale verrebbe riconosciuto il potere di negoziare la soluzione del conflitto e determinare il livello di risarcimento che soddisfi le sue pretese.

Non è prescritta una durata minima della sospensione, ma solo quella massima di tre anni per i reati più significativi, mentre di un anno negli altri casi in cui le offese sono punite con la reclusione inferiore nel massimo a dodici anni.

Ai sensi dell'art. 27, comma 3, d.lgs. n. 272/1989, i servizi devono informare periodicamente il giudice dell'attività svolta e dell'evoluzione del caso, proponendo, ove lo ritengano necessario, modifiche al progetto, eventuali abbreviazioni della durata o anche, di fronte a gravi e ripetute trasgressioni, la revoca del provvedimento. Al termine del periodo di prova i servizi presentano una relazione sul comportamento del minorenne e sull'evoluzione della sua personalità al Presidente del collegio che ha disposto la sospensione del processo, nonché al pubblico ministero, il quale può sempre chiedere la fissazione dell'udienza di discussione per la valutazione della prova prevista dall'art. 29 D.P.R. n. 448/1988.

All'esito della prova saranno possibili due esiti: se la prova dà un risultato positivo, il reato si estingue. Il giudice fissa per la decisione finale un'udienza *ad hoc*, nella quale dichiara con sentenza estinto il reato a fronte del quale era stata disposta la sospensione del processo se, tenuto conto del comportamento del minorenne e dell'evoluzione della sua personalità, ritiene che la prova abbia dato esito positivo, rendendo così superfluo l'inesco del procedimento ordinario.

La sentenza che dichiara estinto il reato – di non luogo a procedere o di non doversi procedere, a seconda che la sospensione sia stata disposta dal giudice dell'udienza preliminare *ex art. 425 c.p.p.* o da quello dibattimentale *ex art. 531 c.p.p.* – non viene iscritta nel casellario giudiziale.

Diversamente, in caso di esito negativo della prova, il processo riprenderà il suo corso, dalla fase in cui era stato sospeso, secondo le forme disciplinate dagli articoli 32 e 33 D.P.R. n. 448/1988, a seconda che sia stato interrotto, rispettivamente, durante la fase delle indagini preliminari o del dibattimento. In tal caso il processo rimane aperto a tutti gli epiloghi ordinari.

2.2. La mediazione nell'ambito della *probation* per imputati adulti.

Con la legge n. 67 del 28 aprile 2014 è stata introdotta la sospensione con messa alla prova per gli imputati adulti. Ha una portata innovativa per il processo penale italiano in quanto configura il primo caso in cui un reato, non minorile né di competenza del giudice di pace, possa essere affrontato dall'ordinamento penale italiano senza passare attraverso la quantificazione di una pena detentiva.

Con l'introduzione della messa alla prova nel nostro ordinamento si è finalmente avviata una vera e propria rivoluzione copernicana nel modo di intendere la pena ed il processo, volgendolo verso istanze ad un tempo deflattive e rieducative.

Il filo conduttore del nuovo istituto è costituito da quella che, con un'espressione di sintesi, potrebbe definirsi la prova delle tre erre: riparazione, rieducazione e retribuzione²².

Il movente, per la sua introduzione nel processo con imputati adulti, è stato il monito della Corte europea per i diritti dell'uomo che, con la sentenza pilota "Torreggiani", ha constatato la condizione di sistemica violazione dei diritti dei detenuti da parte dello Stato italiano, causata dal sovraffollamento carcerario e, nel contempo, ha imposto di introdurre forme punitive che prescindessero dal ricorso alla sanzione carceraria, oltre alla drastica riduzione delle misure cautelari detentive. Nel tentativo di dare attuazione a tali prescrizioni, il Legislatore è intervenuto con la disciplina della messa alla prova per gli imputati adulti. Infatti, mediante tale istituto si raggiunge l'obiettivo di evitare il contatto dell'indagato con l'ambiente penitenziario e, ancora prima, con il sistema processuale e con le stigmatizzazioni che ne derivano.

Per tale motivo la messa alla prova può definirsi a metà strada tra i meccanismi di *diversion* e di *probation* anglosassoni.

²² A. DIDI, La fase di ammissione alla prova, in *La deflazione giudiziaria*, a cura di N. TRIGGIANI, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 110.

La collocazione della messa alla prova agli art. 168 *bis* e ss. c.p., e dunque, nel capo I Titolo VI del libro I, ne evidenzia la duplice natura, ad un tempo di beneficio e dall'altro di causa di estinzione del reato. La corrispondente disciplina processuale — che ne specifica le modalità applicative — contenuta agli articoli 464-*bis* e ss. c.p.p., lo configura, altresì, come procedimento speciale.

Ai sensi del primo comma dell'art. 168-*bis* c.p., l'istituto è applicabile nei procedimenti per i reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore al massimo a quattro anni (sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria) ovvero per i delitti per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio, davanti al tribunale monocratico, *ex* art. 550, comma 2, c.p.p.

Dalla prescrizione dell'art. 168-*bis* c.p., si evince che, a differenza di quanto previsto per la messa alla prova minorile che non conosce limiti oggettivi, agli imputati adulti l'istituto risulta applicabile solo per i reati di minore gravità.

Ex art. 168-*bis*, comma 4, c.p. la misura non può essere concessa più di una volta: a tal fine è prevista l'iscrizione per estratto dell'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova nel casellario giudiziale. E' esclusa la sua applicabilità nei confronti dei delinquenti abituali, professionali o per tendenza ai sensi dell'art. 168-*bis*, comma 5, c.p.

Per quanto riguarda i contenuti, la messa alla prova consiste in prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, nel risarcimento del danno dallo stesso cagionato. La messa alla prova, inoltre, comporta l'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale 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.

Presupposto indispensabile per la concessione del beneficio è la prestazione di lavoro di pubblica utilità, che consiste in una prestazione, non retribuita, a favore della collettività, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, e da svolgere presso lo Stato, le regioni, le provincie, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti od organizzazioni di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La durata giornaliera della prestazione non può eccedere le otto ore e deve essere svolta con modalità tali da non pregiudicare le esigenze di lavoro, studio, famiglia e salute.

Poiché il Legislatore non ha indicato il limite massimo di durata della misura, il giudice gode di un'ampia discrezionalità, ponendo così problemi di determinatezza con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale.

La sospensione con messa alla prova può essere richiesta dall'imputato, in forma orale o per iscritto, personalmente o per mezzo di procuratore speciale.

Ex art. 464, comma 4, c.p.p., «All'istanza è allegato un programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna, ovvero, nel caso in cui non sia stata possibile l'elaborazione, la richiesta di elaborazione del predetto programma. Il programma in ogni caso prevede: a) le modalità di coinvolgimento dell'imputato, nonché del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel

processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile; b) le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni, nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale; c) le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa».

Quest'ultima previsione è particolarmente importante e significativa, perché, nel quadro della valorizzazione del paradigma della giustizia riparativa, consente finalmente l'ingresso della "mediazione" nel nostro sistema processuale penale ordinario, mentre finora – nonostante tale pratica sia raccomandata da molteplici disposizioni comunitarie e sovranazionali – aveva trovato spazio soltanto all'interno di due sottosistemi normativi, e cioè il procedimento penale minorile e il procedimento penale davanti al giudice di pace.

L'aver inquadrato la mediazione come facoltativa ("*ove possibile*") è coerente con la natura stessa di questo percorso, che può essere attivato se sussiste anche la volontà della vittima a partecipare; il fatto che ci sia bisogno anche del consenso di quest'ultima ha portato a ritenere che la mediazione non possa essere *conditio sine qua non* per avere accesso alla sospensione.

Per decidere sulla concessione, il giudice può, ai sensi dell'art. 464-*bis*, comma 5, c.p.p., acquisire tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato.

La sospensione del procedimento è disposta quando il giudice, sempre che non debba pronunciare sentenza di immediato proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati, dovendo a tal fine valutare che il domicilio indicato nel programma dall'imputato sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato. Il giudice, ai sensi del quarto comma dell'art. 464-*quater* c.p.p., può integrare o modificare il programma di trattamento con il consenso dell'imputato.

Il procedimento non può essere sospeso per un periodo superiore a due anni, quando si procede per i reati per i quali è prevista una pena detentiva, o per un periodo superiore ad un anno, se si procede per i reati per i quali è prevista solo una pena pecuniaria. I termini decorrono dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova da parte dell'imputato.

Contro l'ordinanza che decide sulla richiesta di messa alla prova possono ricorrere per Cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa, la quale può impugnare autonomamente per omesso avviso dell'udienza o perché, pur essendo comparsa, non è stata sentita come richiede l'art. 464-*quater*, comma 1, c.p.p..

Con l'ordinanza di sospensione, il giudice fissa il termine di adempimento delle prescrizioni e degli obblighi imposti, che può essere prorogato su richiesta dell'imputato per una sola volta e per gravi motivi. Ai sensi dell'art. 464-*quinquies*, comma 3, c.p.p., durante la sospensione del procedimento, il giudice, sentiti

l'imputato e il pubblico ministero, può modificare, con ordinanza, le prescrizioni originarie, sempre che le nuove siano congrue rispetto alle finalità della messa alla prova.

Durante il periodo di sospensione del procedimento per lo svolgimento della prova: è sospeso il decorso della prescrizione del reato; l'azione civile può essere esercitata in sede propria, senza che il processo resti sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale irrevocabile e, infine, il giudice acquisisce le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato.

Ex art. 464-ter c.p.p., l'istanza di sospensione può essere presentata nel corso delle indagini preliminari al giudice che trasmette gli atti al pubblico ministero perché esprima il consenso o dissenso nel termine di cinque giorni. La necessità del consenso del pubblico ministero si giustifica in ragione del fatto che, nel corso delle indagini preliminari, l'accusa potrebbe avere ancora necessità di indagare al fine di assumere le proprie scelte procedurali²³. Se il pubblico ministero presta il consenso e formula l'imputazione, il giudice decide sulla messa alla prova nei modi indicati dall'art. 464-*quater* c.p.p. In caso di rigetto, l'imputato può rinnovare la richiesta prima dell'apertura del dibattimento.

L'art. 168-*quater* c.p. dispone che «*La sospensione del procedimento con messa alla prova è revocata: 1) in caso di grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, ovvero di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità; 2) in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede*».

Secondo Tonini, si tratta di ipotesi che decretano il fallimento della messa alla prova rispetto agli scopi ai quali l'istituto mira. Il tratto comune è caratterizzato dalla finalità di evitare strumentalizzazioni del beneficio, sanzionando con rigore «*condotte che disvelino a posteriori la carente volontà del soggetto di sottoporsi all'esperienza, ovvero denunciano una recrudescenza della pericolosità sociale, evenienza che impone il ripristino delle esigenze preventive e di difesa sociale sottese alla celebrazione del processo e all'irrogazione ed esecuzione della sanzione penale*»²⁴.

La revoca è disposta, anche *ex officio*, con ordinanza. Il giudice fissa un'apposita udienza, dandone avviso alle parti e alla persona offesa, almeno dieci giorni prima. Il procedimento riprende il suo corso dal momento in cui era rimasto sospeso. Al termine del periodo di applicazione della misura, il giudice dichiara, con sentenza, estinto il reato per cui si procede se, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni, ritiene che la prova abbia avuto esito positivo. A tal fine, *ex art. 464-septies*, comma 1, c.p.p., acquisisce la relazione conclusiva dell'Ufficio di esecuzione penale esterna e fissa l'udienza per la valutazione, dandone

²³ P. TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 608.

²⁴ F. FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 83.

avviso alle parti e alla persona offesa. In caso di esito negativo, il giudice dispone con ordinanza che il processo riprenda il suo corso.

La sospensione con messa alla prova rappresenta una “*rivoluzione culturale prima che giuridica*”²⁵, sebbene tale istituto non sia privo di contestazioni, sulle questioni di legittimità costituzionale, sorte intorno a questo istituto. Le prescrizioni, a cui l'imputato deve adempiere durante la sospensione con messa alla prova, hanno portato ad interrogarsi sulla conformità a livello costituzionale dell'istituto.

Il principio con cui si ha la maggior frizione è rappresentato dal principio di non colpevolezza, ai sensi dell'art 27 Cost., il quale afferma che “*l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva*”. Questo principio potrebbe venire leso dalla sospensione con messa alla prova, per quanto attiene alle prescrizioni che l'imputato deve adempiere durante il periodo di prova. Con queste prescrizioni, infatti, l'imputato si sottoporrebbe ad una applicazione anticipata della pena, sia pure nella modalità alternativa prevista dell'art 47 ord. pen. (legge n. 354/1975), prima che una decisione definitiva lo consideri colpevole²⁶.

La Corte costituzionale così scrive riguardo la *ratio* e la funzione dell'istituto: «*volto a contenere l'inflazione penalistica, nel tentativo di ridurre la crisi della sanzione penale, rendendo possibile il ricorso a reazioni “appropriate alla specificità dei fatti criminosi”, in una concezione gradualistica dell'illecito, verso l'obiettivo di una razionalizzazione e laicizzazione del sistema penale attraverso la concentrazione delle risorse disponibili sugli illeciti di maggior significato e una lettura realistica del principio di obbligatorietà dell'azione penale, con la consapevolezza che la pena può non essere la conseguenza ineluttabile di ogni reato. Da qui il carattere innovativo della messa alla prova che segna un ribaltamento di tradizionali sistemi di intervento*»²⁷.

Si può affermare, quindi, che il modello della messa alla prova per gli adulti costituisca un ibrido nel quale convergono, accanto ai tratti tipici dei procedimenti speciali di tipo premiale-deflattivo, le esigenze di tutela delle istanze della vittima del reato.

L'istituto della messa alla prova potrà funzionare al meglio soltanto attraverso un potenziamento del sistema dell'esecuzione penale esterna, che costituisce il vero fulcro dell'istituto. Infatti, agli Uffici locali di esecuzione penale esterna è sostanzialmente rimessa ogni decisione circa l'utilità e la praticabilità della messa alla prova, nonché la gestione, il controllo dell'andamento e degli esiti: tali uffici si configurano quali interlocutori privilegiati dell'imputato e del giudice, condizionando di fatto l'accesso alla misura nell'individuazione di un progetto adeguato e la valutazione degli esiti attraverso la relazione conclusiva.

²⁵ L. PULPITO, *Messa alla prova per adulti: autonomia di un nuovo modello processuale*, in *Processo penale e giustizia* n. 1, 2015, p. 98.

²⁶ J. DELLA TORRE, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, p. 9

²⁷ Corte costituzionale, 27 aprile 2018, n. 91.

È da ritenere che soltanto con un incremento degli stanziamenti e delle unità di personale, motivate e adeguatamente formate, sarà possibile fare fronte alle molteplici richieste dell'applicazione del nuovo istituto, qualora non si voglia attuare la messa alla prova in modo burocratico e con programmi trattamentali stereotipati (il che comporterebbe uno svilimento inaccettabile della misura)²⁸.

L'auspicio è che la "rivoluzione culturale", iniziata sotto il profilo della politica criminale con la legge n. 67/2014, possa dare comunque buoni frutti, così da indurre il Legislatore a proseguire, sulla strada intrapresa, con scelte più coraggiose, che portino ad un innalzamento dei limiti della pena per l'applicabilità della messa alla prova. Tutto ciò avendo come obiettivo non solo la deflazione del carico giudiziario e del sovraffollamento carcerario ma l'effettivo recupero sociale dell'autore del reato e il soddisfacimento degli interessi della vittima, nella prospettiva di una più ampia valorizzazione della mediazione penale e della giustizia riparativa.

2.3. La conciliazione delle parti nel procedimento penale dinanzi al giudice di pace.

Nella giustizia penale italiana, la mediazione e la riparazione in favore delle vittime trovano spazio anche all'interno del procedimento penale, davanti al giudice di pace. Il d.lgs. n. 274/2000, infatti, ha introdotto la disciplina delle competenze penali del giudice di pace. Tale riforma è stata effettuata allo scopo precipuo di perseguire una duplice finalità: da un lato per cercare di alleggerire il carico giudiziario ordinario in relazione alle offese meno significative, che hanno una valenza più spiccatamente privatistica piuttosto che una meritevole tutela pubblicistica, propria dei beni giuridici difesi dal diritto penale classico; dall'altro, il fine era quello di introdurre una forma di giustizia capillarmente diffusa sul territorio e diretta a «valorizzare la conciliazione tra le parti come strumento privilegiato di risoluzione dei conflitti»²⁹.

Con la riforma del 2000, entrata in vigore nel 2002, si è cercato di ottemperare alle prescrizioni della Raccomandazione del 1999 introducendo, per la prima volta espressamente, un richiamo alla mediazione. Si è avuto il primo riconoscimento normativo della mediazione penale: con la disposizione prevista dall'art. 2, comma 2, del decreto legislativo suddetto si prevede che «*nel corso del processo il giudice deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti*».

Il giudice di pace deve tendere, in primo luogo, all'obiettivo di ricercare una soluzione compositiva del conflitto e per farlo può scegliere tra varie misure tra cui figurano misure di tipo conciliativo/mediativo, riconducibili al paradigma della giustizia riparativa.

Queste aperture, sebbene, alcune siano ancora in forma embrionale, denotano un passaggio positivo nell'avvicinamento a una *giustizia senza spada*³⁰. L'art. 29, comma 4, del d.lgs. n. 274/2000 dispone che «*Il giudice, quando il reato è*

²⁸ N. TRIGGIANI, *La deflazione giudiziaria*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 73.

²⁹ Relazione al decreto legislativo n. 274/2000 in "Diritto e giustizia", n. 31 del 2000, passim.

³⁰ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Giuffrè, 2003, p. 315.

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. In ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione».

Per rendere questo passaggio privo di rischi per il reo e per non ledere il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, il legislatore ha previsto il divieto di utilizzazione delle dichiarazioni rese dalle parti durante la mediazione ai fini della deliberazione. Tale previsione è coerente con il principio di *confidenzialità* che deve permeare l'incontro tra le parti, per permettere loro di arrivare a una composizione libera del conflitto e possa avere un risultato positivo per entrambe. Inoltre, tale soluzione è convincente solo se la mediazione è svolta da un ente esterno; nell'ipotesi di una conciliazione svolta dal giudice invece, risulterebbe difficile escludere del tutto il rischio che quest'ultimo non sia influenzato nella fase successiva del processo dalle eventuali informazioni e dichiarazioni rese in sede conciliativa.

In caso di esito positivo della conciliazione, viene redatto processo verbale in cui si attesta la remissione di querela e contestuale accettazione o la rinuncia al ricorso. Alcuni ritengono che questo tentativo di addivenire alla conciliazione delle parti, pur avendo un'innegabile importanza, finisca per essere considerato, di fatto, uno strumento per la remissione della querela, utile ad alleggerire il carico dei procedimenti penali (per reati spesso di natura "bagatellare"), più che favorire la mediazione³¹.

Oltre a consentire il ricorso alla mediazione, con l'art 29, il d.lgs. n. 274/2000 prevede un secondo istituto riconducibile al paradigma riparativo ed è quello previsto dall'art 35, rubricato "*Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*". L'articolo 35 prevede che il giudice di pace possa dichiarare estinto il reato qualora l'imputato abbia provveduto, prima dell'udienza di comparizione, a riparare il danno cagionato dal reato, mediante il risarcimento e le relative restituzioni, ed il giudice ritenga congrua la somma, in ragione delle esigenze di riprovazione e di prevenzione. Qualora, poi, l'imputato dimostri di non aver potuto provvedere in precedenza alla riparazione del danno, e tuttavia manifesti l'intenzione di adempiere alle condotte risarcitorie e restitutorie, può sospendere il processo per tre mesi.

La prevenzione può essere intesa sia nel senso che la riparazione debba aver portato alla riconciliazione tra vittima e autore con raggiungimento della finalità di risocializzazione del reo, sia che abbia portato alla soddisfazione delle esigenze di stabilizzazione sociale.

La riprovazione può essere interpretata nel senso che la condotta riparativa dovrebbe essere proporzionata alla gravità, oggettiva e soggettiva, del danno e questo paradigma sembra quasi muoversi su una logica di tipo retributivo. Va specificato che la

³¹ B. BARTOLINI, Esistono autentiche forme di diversione nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 8.

riparazione deve essere caratterizzata dal requisito dell'integralità solo ove essa sia oggettivamente possibile; si ammettono ipotesi di riparazione parziale nell'ipotesi in cui l'imputato versi in una condizione di assoluta indigenza, ma, comunque, si sia adoperato per risarcire il massimo che poteva per eliminare le conseguenze dannose del reato³².

Invero, sussiste il concreto pericolo che il reo utilizzi pretestuosamente questo strumento, al solo fine di ottenere l'estinzione del reato, senza credere realmente in quello che sta facendo e sentire, dal profondo, la volontà di risarcire i danni che sono conseguenza delle sue azioni. Infatti, se tali percorsi restitutori non sono adeguatamente supportati da un cammino ad essi precedente, è difficile che si possa ottenere un reale pentimento, ma piuttosto è facile che vi sia un utilizzo utilitaristico dell'istituto.

La declaratoria di estinzione del reato, conseguente alla riparazione dell'offesa, demandata al giudice, presuppone il potere di valutare l'adeguatezza del ristoro, mescolando così, ancora una volta, la figura del magistrato con quella del mediatore, rispetto ad un istituto che dovrebbe rimanere estraneo alle maglie della giustizia tradizionale.

Per una maggior conformazione del microsistema del giudice di pace ai principi della *restorative justice*, così come imposti dalle fonti sovranazionali, si dovrebbe puntare maggiormente sul ruolo rivestito dalla vittima, che appare ancora eccessivamente compresso, sebbene in forma minore di quanto avviene nel processo penale ordinario.

Un ulteriore profilo di allontanamento dai principi sovranazionali, riguarda il fatto che il comportamento, posto in atto per riparare al danno, debba essere corrispondente ai parametri previsti dal Legislatore, e ciò va in qualche modo ad impedire la formazione di una risposta basata unicamente sulla volontà e sul progetto elaborato dalle parti durante i loro incontri e conferisce alla condotta di riparazione uno scopo ancora prevalentemente afflittivo.

2.4. La mediazione nella fase esecutiva.

L'inoperatività della presunzione d'innocenza, *in executivis*, rende la fase *post rem iudicatum* terreno davvero fertile per la sperimentazione di pratiche di giustizia riparativa, quale occasione per ricucire la frattura provocata dal reato, rinsaldare il "*patto di cittadinanza*", aumentare il senso di benessere dei cittadini, abbassare la recidiva e, più in generale, la conflittualità diffusa, e, nel contempo, favorire una rieducazione del soggetto destinatario di una condanna penale, in vista della sua piena reintegrazione nel tessuto sociale³³.

In Italia, la dottrina ha mostrato scarsa attenzione all'istituto nonostante che, proprio nel contesto della fase esecutiva, è contenuto uno dei pochi riferimenti normativi

³² S. QUATTROCOLO, Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, commento sub art 35 d. lgs. 274/2000, in Leg. Pen., 2001-I, Utet, p. 205.

³³ G. DARAIO, Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazione prospettive, in Diritto penale e processo, 2013, n. 3, p. 362.

espliciti alla giustizia ristorativa. La mediazione, in fase di espiatione della pena, può essere realizzata soprattutto con riguardo all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale. L'art. 47, comma 7, della legge n. 354/1975 stabilisce, infatti, che nel verbale che descrive le prescrizioni imposte dal giudice per accedere all'affidamento in prova, il condannato si deve possibilmente adoperare quanto più possibile verso la vittima del reato.

Il contesto è quello dell'affidamento in prova al servizio sociale che, come è noto, consiste in un istituto alternativo alla pena detentiva. In particolare, il condannato a pena finale o residua, fino ad un massimo di quattro anni, può essere affidato al servizio sociale per la durata residua della pena.

Durante il periodo di affidamento il condannato deve svolgere una serie di attività che sono contenute nel verbale.

È proprio tale verbale, che, appunto, dovrebbe contenere le prescrizioni risarcitorie. Purtroppo tale norma è la più disattesa dell'ordinamento. Infatti, mentre inizialmente la ristorazione del danno veniva considerata una condizione imprescindibile per la concessione dell'affidamento in prova ordinario, nel corso del tempo, essa ha progressivamente perso d'importanza fino a trasformarsi in una mera postilla priva di valore reale. Si è affermato che il Tribunale di Sorveglianza non può rigettare l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale, motivandola esclusivamente sulla base del mancato risarcimento dei danni prodotti dal reato, in quanto tale elemento è solo uno di quelli da valutare per analizzare il percorso di rieducazione del reo (Cass. Pen., n. 5273/1995). Si è precisato, altresì, che l'assoluta mancanza di risarcimento del danno non preclude di per sé la concessione della misura in quanto è necessario valutare in concreto se il mancato ristoro sia giustificato dall'impossibilità oggettiva ovvero se il risarcimento parziale sia determinato dall'inizio della procedura esecutiva in quanto, in tale ultima ipotesi, manca una critica revisione delle proprie condotte con ciò inibendo la concessione dell'affidamento in prova (Cass. pen. n. 23749/2003). La giurisprudenza ha chiarito che «*l'attività riparativa, prevista dall'art. 47, comma 7, ord. pen., non costituisce un mero obbligo di natura afflittiva, bensì è uno stimolo propulsivo e sollecitatorio diretto a responsabilizzare il reo ed a fargli prendere coscienza dell'illecito commesso e delle conseguenze dannose derivatene*»³⁴.

Avendo nella fase esecutiva una sentenza irrevocabile di condanna, la mediazione troverà collocazione privilegiata nel contesto dei benefici penitenziari e, più precisamente, durante lo svolgimento delle misure alternative.

Introdurre ipotesi di mediazione durante l'esecuzione dell'affidamento in prova sia ordinario che speciale, permetterebbe di raggiungere risultati estremamente positivi in quanto si completerebbe il percorso di rieducazione che il reo ha svolto e che gli ha permesso di meritare la concessione dell'affidamento stesso.

³⁴ G. MASTROPASQUA, I percorsi di giustizia riparativa nell'esecuzione della pena, in "Giurisprudenza di Merito", fasc. 3, 2007, pag. 0881B.

Avantaggiato³⁵, tra gli altri, sottolinea ampiamente i benefici che potrebbe avere tale eventualità. Infatti, egli evidenzia come, durante l'esecuzione di una condanna particolarmente significativa e di sofferenza, come può essere la condanna alla detenzione, i detenuti arrivano, talvolta, a provare sentimenti nuovi e a loro prima sconosciuti. Assecondare tali emozioni potrebbe avere il beneficio di realizzare effetti positivi sia sul reo che sulla vittima. Il reo verrebbe ulteriormente responsabilizzato, introducendo per la prima volta una vera pratica rieducativa all'interno del percorso carcerario. Se poi fosse stato proprio lui a sollecitare la possibilità dell'incontro, egli si vedrebbe ricevere per la prima volta un riconoscimento e un seguito alle sue emozioni e ciò potrebbe essere particolarmente significativo per un suo recupero, anche in vista della successiva liberazione. La vittima, dall'altra parte, potrebbe ricevere la soddisfazione di vederle finalmente riconosciuta una forma di ristorazione, oltretutto potrebbe superare il trauma scaturito dal reato.

L'introduzione della mediazione, in queste ipotesi, potrebbe abbracciare qualunque tipo di offesa anche le più significative, incrementando i vantaggi che sarebbero raggiungibili dalle pratiche. Il luogo del carcere di per sé, inoltre, non osta allo svolgimento della conferenza di mediazione. Nel contesto della fase esecutiva vi sono, infatti, vantaggi che costituiscono un'ottima base per un efficace svolgimento delle pratiche ristorative. Anzitutto, in questo contesto non si pongono i problemi rispetto alle garanzie dell'imputato che per molti costituiscono un ostacolo all'introduzione delle pratiche di mediazione. Secondariamente, in questo ambito, una delle precondizioni per l'avvio del percorso della mediazione, ossia la comune visione sulla sussistenza del reato, potrebbe essere più facilmente raggiunta in quanto il reo è già stato condannato e dunque potrebbe essere più tranquillo in ordine all'instaurazione di un percorso che presuppone la propria responsabilità. *«Di fronte ad una sentenza irrevocabile, crescono le chances che il condannato, nell'intraprendere un percorso di responsabilizzazione, riconosca l'offesa arrecata e la necessità di ripararla. Al tempo stesso, lo scambio comunicativo tra le parti è favorito da una ricostruzione storica che l'accertamento giudiziale ha cristallizzato»*³⁶.

Ulteriore spazio nel quale si renda possibile avviare, nella fase esecutiva, un iter mediativo è offerto dall'art. 27 D.P.R. n. 230/2000: tale norma presuppone che l'osservazione della personalità dei detenuti deve comportare anche una riflessione sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa. Inoltre, l'osservazione della personalità dei condannati deve anche implicare una *«valutazione delle condotte antiggiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato*

³⁵ M. L. AVANTAGGIATO, Per una Giustizia Riparativa in Carcere, in "Mediaries", 2007, fascicolo 10, pp. 171-184.

³⁶ D. VICOLI, La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico, in "Cassazione Penale", fasc. 1, 2015, p. 383.

medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento alla persona offesa»³⁷.

Alcuni autori sottolineano come proprio l'ambito offerto dalla disposizione citata costituisca un terreno privilegiato per l'espletamento delle pratiche ristorative.

3. Conclusioni.

L'incertezza e la cautela che hanno portato il nostro Legislatore a rispondere alle sollecitazioni degli organi sovranazionali sono condizionate dalla mutevole concezione della funzione della pena che, diacronicamente e sincronicamente, attraversa il pensiero della dottrina e dei consociati, oscillando tra una valorizzazione della *funzione retributiva* — quale corrispettivo del male commesso verso l'ordinamento sociale ed applicata a causa del reato commesso, quasi come corrispettivo di esso — ovvero della *funzione preventiva* — quale minaccia e visibilmente concreta applicazione di sanzioni afflittive che devono avere un potere dissuasivo verso chi fosse tentato di commettere un reato — ovvero della *funzione di emenda*, prevista dall'art. 27 Cost., che impone che le pene “*devono tendere alla rieducazione del condannato*”.

Proprio in tale ottica deve darsi una moderna interpretazione alla funzione della pena, ritenendo prevalente la *teoria della prevenzione generale*: la pena ha la funzione di eliminare o attenuare le verosimili cause della criminalità mediante attività di carattere legislativo, amministrativo, sociale e culturale, rivolte a tutti i consociati, rendendo i cittadini convinti partecipi dei valori sociali su cui si fonda una determinata comunità e la sua legge penale.

La giustizia riparativa ed i suoi principali strumenti — complementari e non alternativi al sistema penale processuale — sono un moderno corollario della concezione della funzione della pena sopra delineata, che sfugge al concetto di *giustizia spietata ed esemplare* per approdare al concetto di *giustizia utile* al reo, alla vittima ed alla società.

Affinché la giustizia riparativa trovi reale spazio nel nostro sistema occorrerà, oltre ad una riforma che introduca espressamente tali istituti, un ripensamento, come detto, dell'intero sistema riguardo le funzioni della pena, la tipologia di sanzioni e i principi costituzionali vigenti in ambito penale.

Ma l'aspetto sul quale bisognerà operare in maniera più decisiva sarà la diffusione di una vera e propria cultura della giustizia riparativa sia nella comunità che tra gli operatori del diritto.

³⁷P. CIARDIELLO P., Riparazione e Mediazione nell'Ambito dell'Esecuzione Penale per Adulti, in “Rassegna Penitenziaria e Criminologica, 2007, numero 2, pp. 96-107.