

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE MINORILE ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2012/29/UE

GIOVANNI ROSSI*

SOMMARIO – 1. La direttiva 2012/29/UE: considerazioni introduttive. – 2. (*segue:*) La «vittima» nella giustizia penale, un ospite inquietante. – 3. (*segue:*) Il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa: il principio del superiore interesse della «vittima». – 4. (*segue:*) La partecipazione ai procedimenti di giustizia riparativa nella Raccomandazione n° R(99)19 e nella Direttiva: un'analisi comparativa. – 5. Gli spazi applicativi della giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Cenni comparativi con la normativa penale comune e di pace – 6. L'opzione di fondo del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. L'irrelevanza del fatto – 7. La messa alla prova. – 8. (*segue:*) Il supposto giudizio di responsabilità. – 9 (*segue:*) Il riconoscimento dei fatti essenziali.

1. La direttiva 2012/29/UE: considerazioni introduttive.

La Direttiva 2012/29/UE (d'ora innanzi "Direttiva") stabilisce norme minime¹ «in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato», sostituendo la meno ampia e articolata Decisione-quadro 2001/220/GAI Ue «sulla posizione della vittima nel procedimento penale»², fatte salve le precedenti direttive per particolari categorie di vittime.

* Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni dell'Umbria.

¹ «Gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti al fine di assicurare un livello di protezione più elevato»: cfr. *considerando* n. 11 (c.d. armonizzazione minima). Gli Stati membri dovranno recepire la Direttiva entro il 16 novembre 2015 (art. 27).

² Cfr. D. SAVY, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione Europea*, in *Dir. Unione Europea*, 2013, 613 ss. Per un inquadramento storico

La Direttiva intende per «vittima»³ «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato»⁴, estendendo la definizione sino ad includervi anche la c.d. vittima indiretta (non specificamente contemplata, invece, dalla succitata Decisione-quadro), ovvero «il familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»⁵.

Il provvedimento riconosce alla «vittima» numerosi diritti in tutto l'arco processuale comprendendovi anche l'esecuzione penitenziaria: dal diritto ad ottenere dettagliate informazioni sul proprio caso al diritto di accesso ai servizi di assistenza, dai significativi diritti di partecipazione al procedimento penale al diritto ad una protezione. Tra i presidi la Direttiva riconosce alla «vittima» anche «il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa»⁶, definita, nell'art. 2, comma 1, d), come «ogni procedi-

della sensibilità europea (e non solo) nei confronti della vittima di cui la Direttiva è vincolante epilogo, cfr. V. DEL TUFO, voce *Vittima del reato*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 996 ss.

³ Cfr. art. 2. «Vittima» è termine divisivo nella politica penale, forse per le sue connotazioni emotive, le cui radici, come spesso accade, risalgono ad una metaforica sorgente sempre attiva e, se non avvertita, scivolosa: cfr. B. ZANOBIO, *La vittima nella storia*, in *Tutela della vittima e mediazione penale*, a cura di G. RIPONTI, Milano, 1995. Non è un caso che il termine compaia due volte nella sola legge n. 354 del 1975, negli artt. 47 e 73. Se ne prende atto, riservandone l'uso in sede di commento della Direttiva e ai soli cenni comparativi con la fase dell'esecuzione della pena, mentre, prima della sentenza di condanna, ricorrerò alla più neutra e meno estensiva locuzione «persona offesa» accolta di norma dal nostro legislatore (cui, per brevità, non antepone «presunta»).

⁴ Il complesso di queste sofferenze è compendiato nella locuzione «vittimizzazione primaria», sulla quale cfr. L. PEPINO, D. SCATOLERO, *Vittime del delitto e vittimologia*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 1, 188 s., e L. DE CATALDO NEUBURGER, *Lo stress psicologico da vittimizzazione*, in *Dalla parte della vittima*, a cura di G. GULOTTA, M. VAGAGGINI, Milano, 1980, 105 s.

⁵ Per «familiare» la Direttiva intende non solo il coniuge, ma anche il convivente *more uxorio*, nonché «i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima», abbracciando dunque sia la «persona offesa», titolare dell'interesse giuridico leso dal reato, sia il normalmente coincidente «soggetto al quale il reato ha recato danno», categorie contemplate dal codice penale e di rito, con riconoscimento dei relativi diritti.

⁶ Materia oggetto, dunque, non più solo di raccomandazioni (*soft law*), ma di un atto legislativo (*hard law*) e di una Direttiva, più vincolante e dettagliata della sostituita Decisione-quadro, rivelatasi insufficiente a garantire i diritti delle vittime, anche nel contesto della giustizia riparativa.

mento che permette alla vittima e all'autore del reato⁷ di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni [*difficultés/matters*] sorte dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale [*tiers indépendant/ impartial third party*]⁸. È questa una definizione pragmaticamente orientata alle riparabili complessive conseguenze del reato⁹, pressoché identica a quella della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n° R(99)19 «sulla mediazione in materia penale»¹⁰ (d'ora innanzi Racc. (99)19), che si

⁷ La Direttiva (*considerando* n. 12) chiarisce espressamente che con la locuzione «autore del reato [*auteur de l'infraction/offender*] si riferisce a una persona che è stata condannata per un reato», ma anche «ad una persona indagata o imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità o della condanna», fatta «salva la presunzione di innocenza»: sicché, con questa fondamentale precisazione, userò la locuzione «autore del reato», a fini di praticità espositiva, con riferimento all'intero arco del procedimento penale, anche minorile. In quest'ultimo contesto, peraltro, per «autore del reato» si intenderà l'autore (indagato, imputato, condannato) del reato commesso da minorenni, anche se divenuto maggiorenne al momento dell'applicazione delle specifiche misure previste dal procedimento minorile e dal codice penale (cfr. Cass., Sez. IV, 4-4-2003, P.M. in proc. Orlati, in *Mass. Uff.*, n. 225587).

⁸ Cfr. la conforme definizione di cui alla Risoluzione ONU 12/2002 – “Principi base sull'uso dei programmi di giustizia in materia penale”. In questa nota il solo esiguo rinvio a fonti meta-europee, la cui disamina resta fuori dall'orizzonte della presente trattazione, anche sul rilievo che più numerosi/giuridicamente eterogenei sono gli Stati destinatari, più si impone un lessico, per usare una risalente distinzione logico-linguistica, di cattive *intension*i e quindi di dilagante *estension*e, che poco o punto può aggiungere a quanto promana dalle fonti europee.

⁹ «Mai il divenire torna esattamente al suo punto di partenza, e anche se vi ritornasse, [...] ancora non si potrebbe dimenticare il fatto»: così V. JANKÉLÉVITCH, *La cattiva coscienza*, Bari, 2000, 93 ss. Ma, se non il fatto-di-aver-fatto (il *fecisse*), si può dis-fare la *res facta*. Con questa precisazione, non corrisponde del tutto a verità l'antico brocardo che «non si può far sì che ciò che è stato fatto non sia accaduto» (con le parole di Platone, peraltro a sostegno della irrazionalità di una punizione per l'«ingiustizia passata»: *Protagora*, in *Le opere*, Roma, 2005, 279), formulato sulla base di una visione puramente “oggettiva” del *factum*, tutto serrato nel passato e così inflessibile: le conseguenze del fatto possono essere oggetto di elaborazione, riparazione, con possibili riflessi in ordine alla modulazione, in tutte le fasi, della risposta penale (facendo economia del tradizionale *patis*) a fronte di meno forti aspettative di verità e giustizia di una vittima/comunità che sia ristorata e rassicurata.

¹⁰ La Raccomandazione del 1999 adotta lo stesso sintagma «*tiers indépendant/ impartial third party*» – con l'aggiunta tra parentesi di «*mediateur/mediator*» (§.I) – chiarendo poi (§.V.3.26) che «la mediazione dovrebbe essere condotta in modo

riferisce, dunque, solo a questo pur fondamentale «servizio di giustizia riparativa». Ma l'Unione europea, preso atto che il concetto e la portata della mediazione in materia penale si sono nel tempo articolati¹¹, fa riferimento alla più ampia categoria del «servizio di giustizia riparativa», che comprende «ad esempio la mediazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali e i consigli commisurativi»¹².

2. (segue:) La «vittima» nella giustizia penale, un ospite inquietante.

Per un corretto inquadramento del tema in esame, appare opportuna qualche preliminare riflessione di profilo diacronico, per provare a confutare un'interpretazione restrittiva degli spazi

imparziale [*manière impartiale/impartial manner*], sui fatti della controversia e in funzione delle esigenze e volontà delle parti», garantendo la loro «dignità» e che «agiscano con reciproco rispetto». Analogamente, l'art. 25.4 della Direttiva, con riferimento agli «operatori dei servizi di giustizia riparativa», ne richiede «una adeguata formazione, di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con le vittime» e l'espletamento dell'attività «in modo imparziale [*impartialité/impartial manner*], rispettoso e professionale». La Decisione-Quadro del 2001, ancora riferendosi (come la Racc. (99)19) alla sola «mediazione nelle cause penali», definita «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», più sobriamente si limitava a predicarne la «competenza» («*personne compétente/ competent person*») (art 1.e), sottolineando la decisività del profilo professionale del mediatore, che non decide/risolve secondo legge un conflitto tra le parti, ma le affianca in un percorso di chiarificazione e di gestione non distruttiva del loro conflitto, e ciò potendo fare nella misura in cui sia dotato di specifiche competenze che gli consentano di (ri)attivarne la comunicazione, sapendo stare tra e con loro (non *super*) per poterne essere *inter*-prete. Di fronte ad un mediatore che sembri manifestare nello svolgimento della mediazione qualsiasi tipo di vicinanza, legame o amicizia unilaterale, il rimedio immediato quanto efficace è l'abbandono della mediazione, diritto fondamentale dei *mediants* nell'intero arco dell'intervento: pertanto, non si ritiene possa ragionevolmente porsi, o non si pone certo come centrale, il tema della previsione di norme procedurali che *ex ante* garantiscano l'imparzialità di questa figura, per quanto testé osservato, ben diversa da quella del giudice.

¹¹ Cfr. §.6 Introduzione alle Linee-guida del CEPEJ (Strasburgo, il 7 dicembre 2007) «per una migliore attuazione» della Racc. (99)19.

¹² Cfr. *considerando* n. 46. Nel nostro Paese è la «mediazione [*mediation entre la victime et l'auteur de l'infraction/victim-offender mediation*]» il «servizio di giustizia riparativa» di gran lunga più conosciuto e attuato soprattutto in ambito minorile.

riservati ai «procedimenti di giustizia riparativa» all'interno del «procedimento penale», spazi di cui, invece, sembra auspicabile una graduale, strutturata estensione, pur con tutte le garanzie per le parti e senza *snaturanti* con-fusioni delle due distinte declinazioni della giustizia¹³.

Le *norme minime* scolpiscono non più solo cosa l'Europa propone, ma cosa oggi ritiene indefettibile a proposito (tra l'altro) della riparazione verso la «vittima» nel contesto penale, e, più in generale, muovendo proprio da questa, come ripensa lo stesso reato, che definisce «non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime, che, come tali, dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta» (*considerando* n. 9).

Ebbene, non si può comprendere appieno la portata di questi assunti senza soffermarsi sulla prodromica, pregnante Raccomandazione R(85)11, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 28 giugno 1985, che ha affrontato, per la prima volta, in termini generali, il tema della «posizione della vittima nell'ambito del diritto e della procedura penale».

Nei *consideranda*, infatti, il Consiglio d'Europa, constatata la tendenza del sistema tradizionale della giustizia penale ad accrescere, più che a ridurre, la sofferenza della vittima, afferma che «una funzione fondamentale della giustizia penale deve essere quella di soddisfare le esigenze e salvaguardare gli interessi della vittima», di cui è necessario «tenere maggiormente in conto [...] alla luce del danno fisico, psicologico, materiale e sociale subito».

Sul rilievo poi che ogni misura a tal fine, oltre a facilitare «una eventuale riconciliazione tra la vittima e l'autore del reato», Per tal ragione, ed anche in quanto nucleo essenziale degli altri servizi indicati, ad essa farò riferimento nel prosieguo della trattazione come sinonimo antonomastico di «servizio di giustizia riparativa».

Sul «dialogo esteso ai gruppi parentali [*conférence en groupe familial/family group conferencing*]» e sui «consigli commisurativi [*cercles de détermination de la peine/sentencing circles*]» v. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 151 ss.

¹³ Chiarisco subito che il termine «snaturante» non vuol avere nulla di ontologico, né così evocare sterili contrapposizioni tra chi crede e chi non crede in un qualsivoglia «ente» in ambito giuridico, inclusi gli istituti di «giustizia riparativa». Le posizioni possono essere *contrarie*, mai *contraddittorie*, e possono giungere – ferme, si ripete, le fondamentali garanzie – a punti di convergenza mobili, affidati ad una ragionevolezza che si adatti ai particolari contesti normativi.

non può che concorrere a realizzare le tradizionali funzioni «del diritto e del processo penale, come ad esempio il rafforzamento delle norme sociali e il reinserimento degli autori di reato», il Comitato raccomanda ai Governi degli Stati membri di «rivedere le loro legislazioni e prassi», valorizzando, fra l'altro, «ogni serio sforzo riparativo» «in tutte le fasi», ed in tal quadro auspicando il più ampio ventaglio di soluzioni: riparazione come sanzione autonoma, sanzione sostitutiva della pena o misura con essa concorrente, ma anche condizione determinante nelle decisioni di *diversion* e *probation*, esaminando a tal fine anche «i possibili vantaggi dei meccanismi di mediazione e conciliazione»¹⁴.

Certo, può generare disorientamento il reato inteso soprattutto come offesa alla «vittima», ed ancora di più il suo ripensamento quale fondamentale tassello del nuovo modello di giustizia riparativa, ma è un disorientamento che svela il ripensamento dell'azione lesiva in un contesto ben diverso da quello noto¹⁵.

¹⁴ Insomma *l'an* e il *quomodo* (in relazione alla gravità del reato e/o a particolari esigenze di prevenzione speciale) della risposta penale non possono che dipendere da un «serio sforzo riparativo» (onere risarcitorio o di lavoro di pubblica utilità, o nell'ambito di un consensuale «procedimento di giustizia riparativa»). Una operazione che può portarci a meditare sia su *poinë*, da cui *pena* deriva, che sul suo apparentamento con *pharmakon*: sull'etimo greco v. U. CURI, *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI, G. PALOMBARINI, Roma, 2002, 408 ss., che ci ricorda come *poinë* è inizialmente qualcosa che viene dato «in compenso», come «ricambio» “neutro” di qualcos'altro; sulla pena come *pharmakon*, che può curare solo intossicando, si leggano le brillanti pagine di E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Bari, 1992, 23 ss. e Id., *Il diritto fraterno*, Bari, 2002, 89 e ss. Cfr. anche M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualizzazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo-web*, 18 maggio 2015, che nelle lucide parole conclusive, pur riportando «sulla terra i sogni della giustizia riparativa», rappresenta la possibilità della «riparazione come idea innovativa del sistema, non binario a sé stante, e veicolo di una diversa cultura della riduzione complessiva del male per autore e vittima insieme».

¹⁵ Cfr. la nota introduttiva dei curatori G. FIANDACA e C. VISCONTI, in *Punire mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, ove si chiarisce, con efficace sintesi, come l'idea della riparazione-mediazione sia «presente nelle società umane sin dai tempi storicamente più risalenti; ed essa potrebbe essere considerata sia una costante antropologica nel suo nucleo significativo essenziale, sia una variabile culturale per le differenze di volta in volta riscontrabili nelle sue forme storiche di realizzazione».

Ed è un disorientamento rispetto alla *evidenza* del processo penale così come costruito dalla tradizione occidentale¹⁶, incentrato sul rapporto tra Stato (monopolista della forza) ed «autore del reato» per neutralizzare i sentimenti di vendetta della «vittima»¹⁷ ed a partire dall'età illuministica – dopo il «processo offensivo»¹⁸ – per sottrarre il reo all'arbitrio punitivo.

È noto come questa evoluzione abbia portato alla graduale emarginazione della «vittima»¹⁹, perturbante figura ideologicamente apparentata – almeno in tempi risalenti – alla vendetta, che andava razionalizzata attraverso una pena ristabilizzatrice, una volta per tutte, dell'*ordine sociale* vulnerato dal reato²⁰.

¹⁶ Per una disamina più argomentata, oltre che per un rinvio alle fonti ivi proposte, ci si permette di rinviare a G. ROSSI, *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, in *Mediazione, Conciliazione, Riparazione - Giustizia penale e sapere psicoanalitico*, a cura di C. e R. BRUTTI, Torino, 1999.

¹⁷ Su questo epocale passaggio non si può che segnare il passo sull'insuperabile riflessione di Eschilo nelle *Eumenidi*: Atena, pur incline alle ragioni di Oreste, ne rimette la sorte all'Areopago, a giudici umani, sottoposti ad una nuova Dike, ovvero alla "necessaria" verità del tutto, che sovrasta anche gli dei vecchi e nuovi, comunque di parte. Per una rigorosa analisi filosofica dell'*Oresteia*, v. E. SEVERINO, *Il giogo*, Milano, 1989.

¹⁸ È da *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria che si mutua questa efficace locuzione.

¹⁹ Questo è sinteticamente il tradizionale scenario della "neutralizzazione" della vittima, *ab intra*, ovvero muovendo da una concezione "pura" della giustizia penale in cui la vittima sarebbe sostanzialmente intrusa quanto la sua riparazione, ma non sono mancate anche istanze in tal senso mosse da una opposta esigenza di non contaminazione. Cfr. M. PAVARINI, *Decarcerazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 1998, 15 e ss. Per E. RESTA, *Fiducia nella Giustizia*, in *Min. Giust.*, 1996, 68-71: bisogna «lavorare per le riconciliazioni e per soluzioni non punitive, ma nella comunità» e «pensare in termini di codice affettivo ma prima e fuori del codice del diritto», sul rilievo che «la fiducia [...] non può essere inserita in contesti di strategie punitive».

²⁰ È nel pensiero giuridico "classico" che si cristallizza l'evoluzione dalla vendetta della vittima alla razionale, regolata, uniforme "retribuzione" del giudice. Ben diversamente la pensa R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 1992, 32, secondo cui il sistema giudiziario «non sopprime la vendetta: la limita ad una rappresaglia unica il cui esercizio è affidato a una autorità suprema e specializzata nel suo campo», le cui «decisioni si impongono sempre come l'ultima parola della vendetta». Ad una visione storicistica, che vuole la vendetta selvaggia e inquinata dall'odio, superata dalla pena, misurata e senza passione, s'oppone, con profonda consapevolezza filosofico-antropologica, G. COSÌ, *Ordine, vendetta, pena*, in *Fare giustizia. Due scritti sulla vendetta*, coautore S. BERNI, Milano, 2014,

Ma, se la sottrazione del reo alla privata vendetta e poi all'arbitrio del sovrano, e infine la rieducazione quale finalità della pena²¹, rappresentano un irreversibile progresso di civiltà giuridica, la sensibilità moderna rende l'attuale sistema penale non più in sintonia con la dignità della «vittima», spesso non protetta, se non vittimizzata anche dal processo, in cui è «parte» ai fini della sola pretesa risarcitoria²², nei limiti della rara capienza dell'offensore e comunque all'esito di processi annosi, sui cui passaggi/epiloghi non è, se non di rado, neppur informata.

Una «vittima» così vessata – talora amplificando la propria voce tramite i *mass media*, dai quali è ancora una volta usata e, così, ulteriormente vittimizzata – non può che esprimere rancorose istanze di spicci accertamenti e pene esemplari, al pari della collettività, che con essa (oggetto di algofobiche proiezioni) si identifica, ed orienta politiche penali che rischiano di minare proprio quel progresso, che invece si vuole da taluno minacciato dal “ritorno” della «vittima» nel processo penale²³.

La Direttiva consapevole del pericolo indica un chiaro cambiamento di rotta, occupandosi della dignità umana²⁴ delle vittime di reato, «rafforzandone i diritti, il sostegno e la tutela», «in particolare nei procedimenti penali».

ove l'Autore analizza i «non pochi [...] elementi che [...] sembrano avvicinare la vendetta e la mediazione penale», come le comuni «complesse tattiche di allontanamento-riavvicinamento dei protagonisti della vicenda volte a creare/ricreare la relazione tra i soggetti del conflitto», in vista di una sua «soluzione di tipo non aggiudicativo».

²¹ Dall'ottocentesco affermarsi della pena carceraria se ne tentano finalità correzional-terapeutiche e, nell'ultimo scorcio del secolo scorso, di reinserimento sociale anche con pene alternative.

²² La Direttiva si sofferma anche sul tema del «risarcimento», che mantiene ben distinto da quello della consensuale «giustizia riparativa»: cfr. *consideranda* nn. 49, 62 e artt. 4, 9 e soprattutto l'art. 16. Peraltro, il 2° comma di quest'ultima disposizione («gli Stati membri promuovono misure per incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima») sembra evocare istituti premiali, che abbiano effetto incentivante di condotte riparatorie dell'«autore del reato».

²³ Sul tema cfr. A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura*, Bologna, 2013, 11 ss., 169 ss., 195 ss.

²⁴ La dignità della persona è il «punto archimedeo» di tutto il sistema costituzionale dei diritti e dei poteri, secondo la efficace, geometrica metafora di G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *www.dirittoepenitenziarioecostituzione.it*. «Studi e ricerche». Sul tema cfr. anche M. RUOTOLO, *Dignità e Carcere*,

3. (*segue*.) Il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa. Il principio del superiore interesse della «vittima».

In tale prospettiva, la Direttiva riconosce che «i servizi di giustizia riparativa [...] possono essere di grande beneficio per le vittime» (*considerando* n. 46), ma impone agli Stati membri di adottare misure tali da garantire che la «vittima» che «scelga di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa» sia «protetta» da «vittimizzazione secondaria²⁵ o ripetuta²⁶» (anche) all'interno di questi percorsi (art. 12, 1° comma)²⁷. E, in tema, prevede norme minime in

Napoli, 2014. Si vuol qui solo soggiungere che il rispetto della dignità umana dell'«autore del reato» è strettamente connesso con quello della dignità della «vittima», che oltre ad essere paritetica alla prima, può, se valorizzata nel sistema penale, far da volano per l'interiorizzazione collettiva dei fondamentali principi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 27 Cost.

²⁵ Con l'espressione «vittimizzazione secondaria» si designa il complesso di sofferenze psicologiche che possono derivare dall'inadeguato trattamento degli operatori coinvolti nella giustizia penale, soprattutto nei confronti di vittime vulnerabili o di particolari tipologie di reati: cfr. A. SAPONARO, *Vittimologia, Origine - concetti - tematiche*, Milano, 2004, in part. 185 ss.

²⁶ La letteratura sull'argomento definisce il termine «vittimizzazione ripetuta» come la commissione di reati a danno dei medesimi obbiettivi (persone o cose). I rischi di tale vittimizzazione variano secondo il tipo di delitto e il contesto ma i più alti livelli si trovano tra i delitti contro la persona quali i reati intrafamiliari, i reati sessuali, l'abuso di anziani e bambini, il bullismo e le minacce: cfr. S. CIAPPI, *La Nuova Punitività. Gestione dei conflitti e governo dell'insicurezza*, Catanzaro, 2008.

²⁷ La Direttiva esige più rispetto delle condizioni ed esigenze della vittima ed una sua protezione da rischi di ulteriore vittimizzazione «in tutti i contatti con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale e con qualsiasi servizio», rivolgendosi a tutti gli operatori coinvolti, della polizia, della giustizia, dell'assistenza ed anche della giustizia riparativa (*considerando* n. 9), soggiungendo, quanto al «procedimento di giustizia riparativa», che il suo «esito positivo» può essere pregiudicato da fattori quali «la natura e la gravità del reato, il livello del trauma causato, la violazione ripetuta dell'integrità fisica, sessuale o psicologica della vittima, gli squilibri di potere, l'età, la maturità o la capacità intellettuale della vittima», che vanno ben valutati in concreto (*considerando* n. 46 della Direttiva). Già la Racc. (99)19, all'art. 15, pur in estrema sintesi, evidenziava la necessità di prendere in considerazione, prima di decidere l'invio alla mediazione, «le disparità evidenti concernenti taluni fattori quali l'età, la maturità o la capacità intellettuale delle parti»; seguita dalle citate Linee-guida (Cepej) del 2007, che includevano, tra i temi di particolare rilievo e delicatezza, quello degli «squilibri di potere tra vittime e rei» (§ 16).

ordine al diritto della «vittima» «a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa» («disponibili» e «operanti nel corso del procedimento penale» in senso lato inteso, ovvero «dal primo contatto con l'autorità competente» all'esecuzione penitenziaria), stabilendone, al citato art. 12, le «condizioni» essenziali d'accesso.

Preliminarmente appare opportuno sottolineare che la Direttiva impone dette condizioni minime in ordine a tutti i «servizi di giustizia riparativa» contestualmente ad una inedita quanto doverosa messa a fuoco del *sensu* della riparazione, da intendersi sia come significato che come direzione. Infatti «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima» (§ 1.a dell'art. 12 cit.), questo il valore intrinseco del «procedimento di giustizia riparativa», distinto dal valore strumentale che può attribuirgli il sistema penale: ogni effetto di prevenzione speciale da questo riconosciuto è subordinato rispetto al superiore «interesse della vittima».

Tale rilievo, lungi dall'essere scontato, va meditato alla luce del possibile condizionamento/snaturamento del «procedimento di giustizia riparativa» nell'esecuzione penitenziaria, destinata alla rieducazione dell'«autore del reato», ma anche nel processo penale ove la riparazione della «persona offesa» potrebbe essere strumento deflativo, per tacere della giustizia penale minorile, in cui le esigenze educative del minore possono piegarla al suo *superiore* interesse.

Peraltro, il nostro Paese, a differenza di altri Stati dell'Unione europea²⁸, non ha attuato la citata Decisione-quadro del 2001 e tantomeno accolto le precedenti Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, e così non ha creato strutturati spazi all'interno della nostra giustizia penale per significative esperienze di «giustizia riparativa», che altrove invece hanno portato a indicare la necessità di rimedi alle relative “cattive” prassi.

È opportuna peraltro un'ultima considerazione a margine della centralità dell'«interesse della vittima», per sottolineare che non va unilateralmente enfatizzata nel particolare, delicatissimo ambito dei *delitti di relazione*²⁹, spesso in progressione e agli inizi

²⁸ Cfr. R. FLOR e E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁹ Sulla categoria cfr. G. KAISER, *Criminologia*, Milano, 1985, 119-120, 305, 313, ove si evidenzia, riguardo alla criminogenesi, come sia cruciale «l'esistenza o meno di una conoscenza personale tra autore e vittima al momento della commissione del delitto» e che «un rapporto di conoscenza di tal genere si rinviene più facilmente nei delitti contro la persona e nei reati sessuali che non in quelli

sottovalutati, ed in particolare nei delitti familiari, ove il danno ne può preannunciare altri e più gravi, e non si limita solo alla «vittima diretta» della condotta delittuosa, estendendosi allo stesso offensore ed al loro ambito parentale. Ebbene, nel *considerando* n. 18³⁰, la Direttiva si occupa della «violenza nelle relazioni strette», ma concentrandosi sul solo particolare danno che ne deriva alla «vittima», ovvero sul «trauma fisico e psicologico sistematico dalle gravi conseguenze in quanto l'autore del reato è una persona di cui la vittima dovrebbe potersi fidare»³¹, traendone la pur necessaria conclusione che quest'ultima può «aver bisogno di speciali misure di protezione», disciplinate nel Capo 4. Ma non può sfuggire il nesso che stringe una efficace *protezione* alla partecipazione, ove possibile, a *procedimenti di giustizia riparativa* in chiave di lungimirante strategia preventiva, soprattutto nella fase iniziale del procedimento penale³². Detto altrimenti, pur non potendosi sottovalutare, in alcune ipotesi, la necessità di una iniziale parti-

contro la proprietà e il patrimonio [...] fatta eccezione per l'estorsione. Per questo, per una parte dei casi sopra menzionati, si parla di c.d. delitti di relazione. In genere, si tratta di fatti caratterizzati da un conflitto in atto tra autore e vittima», tanto che «sovente, la vera motivazione dell'omicidio può essere ricondotta solo al particolare rapporto tra l'autore e la vittima. Le uccisioni di soggetti del tutto estranei si verificano, a quanto consta, solo in una esigua percentuale di casi [...] ragion per cui per gli omicidi dolosi si giunge addirittura a parlare di delitti *a carattere familiare*». In paradossale contraddizione con lo stereotipo invalso nell'immaginario collettivo dell'aggressore estraneo, elettivamente straniero e, se non basta, clandestino e di colore, può essere utile qui anche rammentare che da un rapporto dell'*Organizzazione mondiale della sanità*, su 80 Paesi nel mondo, risulta che la metà delle morti violente che si verificano ogni anno sono dovute a suicidi, mentre la maggior parte degli omicidi sono commessi all'interno dei nuclei familiari e solo un quinto delle morti è causato da guerre. Cfr. *World Report on Violence and Health, World Health Organization Publication*, Ginevra, 2002.

³⁰ Cfr. anche il *considerando* n. 38.

³¹ Quest'ultimo passaggio, particolarmente perspicuo, è stato insuperabilmente scrutato da Sigmund Freud in un saggio del 1919 (*Das Unheimliche*), che, (anche) muovendo dalla parola tedesca *unheimlich*/perturbante – costituita dal prefisso «un», negazione di tutto ciò che è *Heim*/casa – osservava che essa non è semplicemente la negazione di *heimlich*/familiare, ma una sorta di sua “genetica” variante, e che se perturbante è il non familiare, ancor più perturbante è l'avvererci che un evento non familiare proviene proprio dalla casa.

³² Cfr. M.W. BATTACCHI, O. CODISPOTI, *La vergogna*, Bologna, 1992, 73 ss. L'intervento di un servizio di giustizia riparativa è tanto più efficace quanto meno le parti siano mosse da un approccio difensivo, che tende a cristallizzarsi nel prosieguo del procedimento e a maggior ragione durante l'esecuzione della pena.

colare protezione *cautelare*, questa è di breve periodo, mentre, quando è possibile, la tempestiva promozione di un «servizio di giustizia riparativa» ha incomparabili possibilità di prevenire una pericolosa *escalation*, che invece può essere favorita dalle dinamiche processuali³³. Invero, i *delitti familiari* sono attraversati da conflitti ingestibili direttamente dal giudice, che non può che trascurarne la essenziale componente *emotiva o passionale*, per usare proprio le parole del nostro Codice penale: questa ormai diffusa consapevolezza chiama il diritto a dar ampio spazio a «procedimenti di giustizia riparativa», nel rispetto delle garanzie di entrambe le parti. Peraltro, in questa tipologia criminosa, la partecipazione a detti procedimenti presenta un maggior gradiente, e per un duplice profilo: da un lato, i vitali sentimenti/interessi condivisi dalle parti possono indurle ad una maggiore disponibilità alla mediazione e ad un accordo riparativo del *danno relazionale*, idoneo a ricucire i fondamentali legami e, così, alla prevenzione di ulteriori reati, anche a parti inverse; dall'altro, la «vittima», nei casi in astratto meno gravi, può essere consapevole della limitatis-

³³ In proposito, è forse interessante evocare una pronuncia del 2011 della Corte di Giustizia dell'Ue che si è espressa sull'interpretazione della Decisione-quadro del 2001 cit. in materia di «violenza domestica», in relazione ad un conflitto tra la volontà delle vittime di riprendere il rapporto di convivenza con gli autori di reato e le disposte misure giudiziarie di divieto di contatto con gli stessi/di allontanamento, seppur trattandosi, nel caso di specie, di pene accessorie e non di provvedimenti cautelari. Ebbene, sulla premessa che la tutela penale contro gli atti di «violenza domestica» garantita da uno Stato membro esercitando il proprio potere repressivo è volta a proteggere non solo gli interessi della vittima come questa li percepisce, bensì parimenti altri interessi più generali della collettività, la Corte si è pronunciata per la conformità della normativa interna con il diritto dell'Unione, riconoscendo agli Stati membri discrezionalità nell'individuare le tipologie di reato a cui è possibile applicare la mediazione, ed in particolare ritenendo conforme la scelta dello Stato membro remittente di escludere il ricorso alla mediazione per tutti i reati commessi nell'ambito familiare, purché sorretta da criteri oggettivi (cfr. A. PISAPIA, *La protezione europea garantita alle vittime della violenza domestica*, in *Cass. pen.*, 2014, 1866), che, nella fattispecie, appaiono discutibili per quanto sopra argomentato. Del resto rileva Jacques Derrida: «Il diritto non è la giustizia. Il diritto è l'elemento del calcolo, ed è giusto che vi sia diritto, ma la giustizia è incalcolabile, esige che si calcoli con l'incalcolabile» (la citazione si trova, con perspicuo commento, in G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 133).

simila rivalse penale perseguita con il processo, percependola bensì come occasione per ulteriori offese nel suo tormentato *iter*³⁴.

4. (segue:) La partecipazione ai procedimenti di giustizia riparativa nella Raccomandazione n° R(99)19 e nella Direttiva 2012/29/UE: un'analisi comparativa.

Nell'art. 12 cit. la Direttiva stabilisce «almeno [...] le seguenti condizioni» per accedere ai «servizi di giustizia riparativa»: ricorso «soltanto [...] nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza»; consenso «libero», «revocabile in qualsiasi momento» e «informato» («in merito al procedimento stesso», al «suo potenziale esito», alle «modalità di controllo dell'esecuzione di un eventuale accordo», che, «raggiunto volontariamente», «può essere preso in considerazione in ogni eventuale procedimento penale ulteriore»); «riservatezza» delle «discussioni [...] che hanno luogo nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa», successivamente «divulgabili», di regola, «solo con l'accordo delle parti»; «riconoscimento» da parte dell'«autore del reato» dei «fatti essenziali del caso»³⁵.

³⁴ Il c.d. delitto di relazione è dunque l'ambito elettivo della mediazione, che ridà alle parti quella possibilità di parola assente prima del passaggio all'atto aggressivo quanto repressa nel processo: in tale tipologia gli eventi in causa sono spesso il prodotto di un intreccio diacronico di variegate, bilaterali responsabilità, e coloro che in vario modo ne sono coinvolti solo in un contesto mediatico accogliente e riservato possono cogliere sollecitazioni a riconoscere la propria parte nel conflitto. Sul sapiente rilievo dato alla natura relazionale della contesa nel mondo antico, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il Crucifige e la democrazia*, Torino, 1995, 25 ss.

³⁵ La partecipazione ad un «procedimento di giustizia riparativa» ci porta dunque in una dimensione fitta di condizioni, scambi, esiti concreti, valutazioni giudiziarie: siamo ben distanti dal *perdono* della vittima, che la *vulgata* mediatica è riuscita a intrudere nelle attività di mediazione. La *mediazione* mira ad un recupero della relazione umana reo/vittima, ad uno scambio positivo, ed è comunque uno strumento di «giustizia riparativa» a beneficio della vittima, con riflessi apprezzabili dalla giustizia penale per la ritenuta idoneità a favorire, a seconda dei contesti, la conciliazione processuale tra le parti o la responsabilizzazione dell'«autore del reato», istanza, quest'ultima, intensificata in ambito minorile. Il *perdono*, invece, è possibile solo da parte di chi ha subito l'offesa: incondizionato e libero anche dal *pentimento* di chi l'offesa ha arrecato, ponendosi come massimo dono, gratuito in quanto totalmente fuori dallo schema dello scambio ammis-

Tra le precedenti fonti europee, appare fondamentale la Raccomandazione (elaborata sulla base di annosa sperimentazione), per cui è opportuna qualche schematica riflessione sui passaggi, seppur *per saltum*, da questa fonte alla Direttiva, con particolare riferimento alle condizioni prese in considerazione dall'art. 12 della Direttiva medesima, non prima di un preliminare chiarimento. Mentre la Raccomandazione si riferisce alla (sola) «mediazione in materia penale» secondo un'ottica neutrale (*nec utrum*), ossia dal punto di vista dell'istituzione giudiziaria che la può promuovere³⁶, occupandosi dei potenziali benefici per entrambe le parti e per lo stesso buon andamento del sistema penale, la Direttiva, invece, in una prospettiva radicalmente diversa, si occupa dei presupposti, della struttura e delle finalità del «servizio di giustizia riparativa» (di cui, tuttora, nel nostro Paese, è punta di diamante la mediazione) nell'ambito di una ben più ampia tutela della «vittima»³⁷ nel corso del procedimento penale, nel complesso delle relazioni «con servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa o con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale» (art. 1, comma 1).

Alcuni passaggi dalla Raccomandazione alla Direttiva meritano, a questo punto, di essere rilevati.

sione/pentimento-perdono, e di ogni altro scambio: siamo al limite e forse oltre il limite della capacità dell'uomo, che quando lo concede, anche nelle migliori occorrenze, non può essere sicuro della sua intrinseca gratuità ('per dono?': sul punto, J. DERRIDA, *Perdonare*, Milano, 2004). Razionalmente insondabile il «sottosuolo» di queste parole lontane dal «paese sincero» del 'sommo poeta', a *fortiori* in contesto giudiziario ove ne sarebbe consigliabile un uso particolarmente parsimonioso. Per una raffinata analisi filosofico-teologica, v. M. BOUCHARD, F. FERRARIO, *Sul perdono. Storia della clemenza umana e frammenti teologici*, Milano, 2008. Dal punto di vista poetico-filosofico, mi sembra imperdibile l'apologo di J.L. BORGES, *Leggenda*, in *Elogio dell'ombra*, Torino, 1998, 105.

³⁶ Cfr. §. 9: «La decisione di rinviare un caso alla mediazione penale, nonché la valutazione dell'esito di una procedura di mediazione, dovrebbero essere di esclusiva competenza del potere giudiziario»: qui, quanto all'invio, siamo tuttora nel *limen* più che nel *limes*. Il tema sarà ripreso.

³⁷ Questa prospettiva è anticipata dalla Raccomandazione (2006)8, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel giugno 2006 *sull'assistenza alle vittime dei reati*, ove, pur tenuto conto dei «potenziali benefici della mediazione», di cui alla precedente Racc. (99)19, la si riguarda dal punto di vista della vittima, il cui interesse va attentamente valutato, «nella sua globalità e con prudenza», sia al momento dell'invio, che nel corso di questo servizio di giustizia riparativa, considerandone «anche i potenziali rischi per la vittima»: cfr. §. 13.

Anzitutto, in ordine alle finalità del procedimento di giustizia riparativa, se la Raccomandazione del 1999, nel preambolo ed in primo luogo, riconosce «l'interesse legittimo delle vittime [...] a comunicare con l'autore del reato ed ad ottenerne le scuse e una riparazione», questo profilo è ancor più nettamente indicato nella Direttiva³⁸. Difatti, se la Raccomandazione s'affretta a soggiungere come la mediazione sia anche «un'occasione importante per stimolare negli autori del reato il senso di responsabilità e [...] offrir loro concrete possibilità di fare ammenda [*s'amender/make amends*], onde facilitarne la reintegrazione e la riabilitazione» in vista di epiloghi «più costruttivi e meno repressivi» della giustizia penale, la Direttiva non si occupa affatto degli effetti di prevenzione specialpositiva, pur apprezzati e progressivamente riconosciuti anche dal nostro sistema penale, non per un deficit di consapevolezza, quanto per l'esigenza di evitare una *ipersoluzione*, ovvero che, in concreto, la «scelta di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa» possa poi rivelarsi per la «vittima» un'ulteriore occasione di *vittimizzazione*³⁹. Ancora, come la Direttiva, anche la Raccomandazione, pur rivolgendosi ad entrambe le parti, invoca il principio assiale del consenso, libero, sempre revocabile⁴⁰ e informato⁴¹), e

³⁸ Come si è già illustrato con particolare riferimento al considerando n. 46 ed all'art. 12.1.a.

³⁹ Questo il senso della valorizzazione esclusiva dell'«interesse della vittima» di cui all'art. 12 lett. a), ovvero il pregnante rilievo che ogni altra finalità rilevante per il sistema penale non può che avere carattere subordinato in un corretto spazio di giustizia riparativa all'interno del processo penale (anche minorile), che nondimeno, in un'ottica complessiva, potrà trarne benefici. In particolare, giustizia riparativa può incidere profondamente sui fattori criminogenetici nei c.d. delitti di relazione, prevenendo il forte rischio di «vittimizzazione ripetuta»: questa è l'elevato pericolo di recidivanza che sicuramente per questa via si può ridurre, se si condivide, *mutatis mutandis*, l'acuta indicazione epistemologica di Gregory Bateson, che segnala la confusione dei tipi logici che affetta il tentativo di «eliminare la delinquenza con la punizione di alcune parti di quelle che consideriamo azioni criminose»: cfr. G. BATESON, *Mente e natura*, Milano, 1988, 168 e ss.; sulla teoria dei tipi, G. BATESON, *Verso una ecologia della mente*, Milano, 1988, 304 e ss. Più in generale, quanto agli effetti sul tasso di recidiva dell'applicazione della *messa alla prova*, cfr. M. COLAMUSSI e A. MESTIZ, *Devianza minorile e recidiva*, Milano, 2012, 123 ss.

⁴⁰ Cfr. le regole 1 (in esordio della parte dedicata ai *Principi generali*) e 11 Racc. (99)19.

⁴¹ Cfr. la regola 10 Racc. (99)19: «Prima di accettare la mediazione, le parti dovrebbero essere pienamente informate dei loro diritti, della natura del pro-

l'altrettanto fondamentale principio di riservatezza, al precedente strettamente connesso⁴².

Ultimo dato da esaminare, con riferimento al citato art. 12, è il «riconoscimento dei fatti essenziali del caso»⁴³, formula sulla quale non si registra uno scarto significativo tra Raccomandazione («*faits principaux de l'affaire/basic facts of the case*»⁴⁴) e Direttiva («*faits essentiels de l'affaire/basic facts of the case*»⁴⁵). Tuttavia, mentre la Raccomandazione postula – almeno «*en principe/normally*» – un accordo delle parti sui fatti essenziali, ovvero testualmente «il riconoscimento di entrambe le parti [*par les deux parties/by both parties*]», la Direttiva richiede perentoriamente (senza usare *modalizzatori*) il «riconoscimento dei fatti essenziali» al solo «autore del reato». Ebbene, la Direttiva si muove con scelte chiare in ordine ad una giustizia riparativa attivabile (ove possibile e sulla base del consenso delle parti) nel contesto di un procedimento penale, distinta da una giustizia riparativa alternativa al sistema penale, che prenda le mosse da situazioni problematiche non integranti tipiche fattispecie di reato. E la Direttiva impone il «riconoscimento» da parte dell'«autore del reato», quale necessaria «condizione di accesso» per proteggere la «vittima» da

cesso di mediazione e delle possibili conseguenze della loro decisione». Sul punto le Linee-guida Cepej 2007 così articolano al § 33: «Le parti in mediazione dovranno, in particolare, essere rese pienamente edotte delle possibili conseguenze della mediazione sul procedimento di decisione giudiziale, inclusa la interruzione [*interruption/discontinuation*] del procedimento penale, la sospensione o l'attenuazione [*suspension ou l'atténuation/suspension or mitigation*] della sanzione» (cfr. anche § 15). È evidente quanto questa informazione possa incidere su un consapevole consenso delle parti.

⁴² Cfr. la regola 2 (*Principi generali*): «le discussioni in mediazione sono confidenziali e non possono essere utilizzate successivamente, se non con l'accordo delle parti». Le succitate Linee guida Cepej riprendono il tema della «confidenzialità», che garantisce l'effettiva libertà di scambio (anche in termini veritativi), condizione essenziale per un esito positivo dell'incontro, e ne auspicano una disciplina con legge che ne preveda deroghe solo in chiave di *extrema ratio* (cfr. §§ 17 e 18).

⁴³ Questa è la cruciale e più problematica condizione di accesso alla giustizia riparativa, il cui innesto nel procedimento penale, anche minorile, è esposto a fraintendimenti, più o meno acuti da particolari sensibilità interpretative, sia di chiusura che di assimilazione: sarà approfondita nel conclusivo paragrafo.

⁴⁴ Cfr. la regola 14 della Racc. (99)19.

⁴⁵ Cfr. art. 12, comma 1, lett. c) della Direttiva. In uno sforzo acrobatico *essentiel* mi pare la più esatta traduzione di *basic*, che ricorre in entrambi i documenti.

ulteriore vittimizzazione, che potrebbe ragionevolmente (anche) derivare dal vedersi direttamente riproposta, in un contatto diretto, una narrazione radicalmente *contraddittoria* rispetto a quella denunciata/veicolata in una imputazione/accertata in una sentenza, con ricadute negative quanto alla bontà dell'esito riparativo.

Non posso che concludere con un rapido esame comparativo riguardo alla partecipazione del minore ad attività di mediazione, materia che non può che essere affidata ad apposite linee guida, con l'eventuale supporto del Consiglio d'Europa, in collaborazione con l'Unione europea⁴⁶. Ebbene, la Rac-

⁴⁶ Con esclusiva attenzione al campo minorile – dopo la Raccomandazione n° R(87)20 *sulle risposte sociali alla delinquenza minorile*, che della «mediazione» dà una definizione minimale di «procedura di ricomposizione del conflitto da parte dell'organo che esercita l'azione penale» in vista di una rapida uscita del minore dal circuito giudiziario (II.§ 2) – il Consiglio d'Europa se ne occupa, seppure ancora marginalmente, in numerose occasioni, da ultimo il 17 novembre 2010, con le Linee-guida per *una giustizia a misura di minore*. È questo un ampio documento interdisciplinare, di cui qui si può solo evidenziare quanto articolato *sub* IV.B («una giustizia a misura di minore prima del procedimento giudiziario») a proposito di «mediazione», «*diversion* e metodi alternativi di risoluzione delle controversie», attivabili ove servano al meglio «l'interesse superiore del minore» (cfr. §§ 24-26). Nel preambolo, le Linee guida richiamano i propri precedenti atti in materia, tra i quali meritano una particolare menzione le due seguenti Raccomandazioni: – la R 2003(20), *sulle nuove modalità di trattamento della delinquenza giovanile ed il ruolo della giustizia minorile*, che, tra i «principali obiettivi della giustizia minorile», annovera, pur in ultimo, l'«occuparsi delle necessità [*besoins/needs*] e dell'interesse [*intérêts/interests*] delle vittime» (II.1.), non solo in chiave di *diversion* (seppur implicitamente) riparativa «nei casi in cui la responsabilità sia spontaneamente riconosciuta» (III.8.), ma anche nel contesto di «misure e sanzioni applicabili nella comunità», che «dovranno [...], se ciò è possibile, consentire la mediazione [*médiation/mediation*]» (III.8); – la R 2008(11), *sulle regole europee per i minorenni autori di reato destinatari di sanzioni o di misure*, che riprende ad «incoraggiare» il ricorso alla «mediazione e le altre misure riparatorie in tutte le fasi dei procedimenti che concernono minorenni» (regola 12), inclusa l'esecuzione della pena (cfr. regole 44 e 77). Proprio «alla luce» delle Linee guida testé indicate, il 27-11-2013 la Commissione Ue ha pubblicato la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali* (la scelta dello strumento legislativo indica l'urgenza per l'Ue di una sicura convergenza degli Stati membri sui diritti fondamentali del minore nel processo penale). Mi limito al rinvio all'art. 7, sul «diritto a una valutazione individuale», e all'art. 19, sulla «formazione» (anche) degli «operatori che offrono servizi di sostegno o di giustizia riparatoria, onde garantire che i minori siano trattati con rispetto, imparzialità e professionalità». Sulla proposta si veda L. SALAZAR, *Presto una direttiva dell'Unione sui diritti processuali del minore autore di reato*, in *Dir. e giust. min.*, 2015, n. 1, www.dirittoejustiziaminorile.it.

comandazione esaurisce il tema in poche battute: «l'età, la maturità [...] dovrebbero essere prese in considerazione prima di decidere di ricorrere alla mediazione», nel corso della quale ai minorenni, sia autori che vittime del reato, vanno assicurati «il diritto di assistenza parentale» e le altre «garanzie legali» che disciplinano la loro partecipazione al procedimento penale⁴⁷. Ancor più esigui i riferimenti al tema nei *consideranda* della Direttiva, e con esclusivo riferimento al minorenne «vittima» di reato⁴⁸: «età» e «maturità» sono annoverate tra i fattori di cui si deve tener conto nei «contatti» anche con i servizi di giustizia riparativa⁴⁹.

5. Gli spazi applicativi della giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Cenni comparativi con la normativa penale comune e di pace.

Colloco sullo sfondo la Direttiva – che dunque richiamerò solo per necessario raccordo – per occuparmi degli istituti introdotti dal d.P.R. 22-11-1988, n. 448 (*disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni: d'ora innanzi disp. min.*), esaminando

⁴⁷ Cfr. artt. 8, 12 e 15 della Racc. (99)19. Le citate Linee guida del Cepej vi si soffermano più analiticamente: formazione dei mediatori anche per acquisire abilità specifiche nei casi di mediazione in cui siano coinvolti minorenni (§ 20); previsione di tutele e garanzie procedurali relative alla partecipazione dei minorenni al processo di mediazione adeguate alle loro particolari esigenze di sostegno e protezione (§ 24); monitoraggio delle esperienze al fine di stabilire le linee guida specifiche per la partecipazione dei minori alla mediazione in materia penale (§ 25), che dovrebbero includere «a. l'importanza dell'età o maturità mentale, e le conseguenze del coinvolgimento del minore nella procedura di mediazione; b. il ruolo dei genitori, in particolare in quelle situazioni in cui i genitori possono rifiutarsi di partecipare alla mediazione; c. il coinvolgimento di assistenti sociali, psicologi e/o tutori legali nei procedimenti di mediazione in cui i minori sono presenti» (§ 26).

⁴⁸ In generale, se la vittima è minorenne (presuntivamente ad alto rischio di «vittimizzazione secondaria e ripetuta»: cfr. *considerando* n. 57), la Direttiva impone che ne sia considerato «innanzitutto» «l'interesse superiore» e operata «una valutazione individuale»: cfr. l'art. 1 della Direttiva; v. anche *consideranda* nn. 14, 42, 54.

⁴⁹ Cfr. *considerando* n. 9.

in particolare l'*irrelevanza del fatto* di cui all'art. 27⁵⁰ e la *messa alla prova*, prevista dall'art. 28 e già munita di conferente varco normativo, con l'attribuzione giudice del potere di «impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa».

Per euristico contrappunto a tale ultimo istituto, farò cenno al *probation* giudiziale per imputati adulti, che, oltre al «lavoro di pubblica utilità», comporta «la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato», unitamente all'«affidamento dell'imputato al servizio sociale» per lo svolgimento di un «programma», che deve anche prevedere «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa»⁵¹: assai evidente, oltre all'obiet-

⁵⁰ Forma di *diversion* garantita, adattata al nostro sistema ad azione penale obbligatoria, e già importata - rimodulata nel nome e nella struttura - prima nella giustizia penale di pace con il d.lgs. 28-8-2000, n. 274 (art. 34: *esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto*), poi nel sistema penale comune con d.lgs. 16-3-2015, n. 28 (art. 131-bis c.p.: *esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*). Per una analisi comparativa, si veda G. SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, in *Dir. e giust. min.*, 2015, n. 1, www.dirittoegiustiziaminorile.it; Id., *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, 2015, n. 8 (web).

Peraltro, è nell'art. 29, 4° co. del primo provvedimento legislativo che esordisce il termine «mediazione» nel nostro sistema penale: «Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti», svolgendo un'opera diretta (che punta ad un epilogo remissorio, raggiungibile anche senza un'attività di mediazione), ma, «qualora sia utile per favorire la conciliazione», anche avvalendosi «ove occorra» – inciso da interpretare alla luce della Direttiva – «dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio» (che mira invece a riattivare la comunicazione tra i confliggenti, ed il cui esito positivo, almeno in teoria, potrebbe anche non implicare un accordo sulla chiusura del processo). È evidente il progresso rispetto all'algida «verifica» della volontà definitiva delle parti prevista dall'art. 555 c.p.p. ad opera del giudice monocratico, prima dell'apertura del dibattimento, preferito al più tempestivo e «dinamico» pubblico ministero (cfr. art. 564, 1° comma, c.p.p., la cui abrogazione non ne impedisce comunque l'opera) per un astratto scrupolo di «geometria» processuale, a mio sommo avviso, ma non di una autorevole dottrina, per la quale invece non s'addice al p.m. «la maschera del pacificatore»: v. F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 630.

⁵¹ Cfr., in particolare, gli artt. 464-bis, co. 4, c.p.p. e 141-ter, co. 3, norme att. c.p.p. La *messa alla prova* per gli adulti, introdotta dal capo II della legge 28 aprile 2014, n. 67, pur per alcuni profili strutturali simile a quella minorile, se ne discosta per i notevoli limiti soggettivi e oggettivi di operatività e per la non reiterabi-

tivo di deflazione, l'orientamento alla riparazione, in alternativa al modello retributivo. Non mancheranno, infine, riferimenti distintivi all'affidamento in prova al servizio sociale, istituto previsto dall'art. 47 della legge n. 354 del 1975 (in seguito *ord. penit.*, normativa applicabile «anche agli autori di reati commessi durante la minore età sottoposti a misure penali»⁵²), nel cui ambito, e sin dal testo originario, è disposto «che l'affidato si adoperi in favore della vittima»⁵³.

Si deve dunque preliminarmente sottolineare come le condotte riparatorie in favore della persona offesa, aperte all'adesione dell'indagato nelle prassi orientate alla mediazione-riparazione

lità della misura, dando luogo altresì ad un percorso radicalmente alternativo alla celebrazione di ogni tipologia di giudizio di merito. Si tratta dunque di una misura premiale e deflativa (e molto poco decarcerizzante), ma anche tendente alla ricomposizione della lacerazione creatasi nel tessuto sociale, ridimensionandola attraverso la mediazione (ove possibile) e lo svolgimento di condotte riparatorie (con un ruolo almeno interlocutorio della persona offesa).

⁵² Cfr. art. 79 *ord. penit.*, che soggiunge: «fino a quando non sarà provveduto con apposita legge». Stante la perdurante inerzia legislativa, più volte la Corte costituzionale (cfr. sentenze n. 168 del 1994, n. 109 e n. 403 del 1997, n. 16, n. 324 e n. 450 del 1998, n. 436 del 1999) ha dovuto censurarne numerose norme nella parte in cui impedivano alla Magistratura di sorveglianza minorile un trattamento rieducativo particolarmente individualizzato del condannato a pena detentiva, di cui è massima espressione proprio il c.d. *probation* penitenziario, davvero sussidiario rispetto a quello processuale, ma pur di prioritaria scelta tra le alternative al carcere.

⁵³ Conviene far cenno all'istituto, nella sua valenza riparatoria, anche perché implicato nell'esecuzione della «libertà controllata», prevista dall'art. 56 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che opportunamente anticipa alla fase della cognizione una acerba risposta sanzionatoria differenziata «sostitutiva della pena detentiva». Infatti, all'art. 75, 2° co., la legge prevede che, nei confronti di coloro che hanno commesso il reato durante la minore età, detta pena sostitutiva sia eseguita nelle forme dell'*affidamento in prova al servizio sociale* (previste dal 5° all'11° co. dell'attuale art. 47 *ord. penit.*), con conseguente possibilità di imporre anche al libero controllato la prescrizione di «adoperarsi in favore della vittima del suo reato». Peraltro, per il combinato disposto degli artt. 30 e 32, *disp. min.*, il giudice dell'udienza preliminare minorile, se vi è richiesta del pubblico ministero e previo consenso alla definizione del processo in questa fase, può condannare alla libertà controllata, sostitutiva di pena detentiva sino a due anni (e senza esclusioni: v. Corte cost., sentenza n.16 del 1998), pena cui è possibile giungere partendo da alti valori edittali, data la obbligatoria, corposa diminuzione di cui al co. 2, art. 32 cit., e così anche per fatti di una certa gravità e in tempi che rendano ancor proponibile l'attivazione di un servizio di giustizia riparativa o, almeno, sensate condotte rieducativo-riparatorie.

che precedono la richiesta di *irrelevanza del fatto* nel corso delle indagini preliminari, nell'ambito del *probation* sono attivate con «prescrizione» del giudice, il che ha indotto taluni commentatori a ritenerla «paradossale»⁵⁴: queste condotte non potrebbero che prosperare nella spontaneità e svanire di senso se prescritte dal giudice. A ben vedere, quando ci si muove in prospettiva mediativa e nel contesto di un articolata messa alla prova rivolta ad un richiedente/consenziente imputato, la prescrizione non ha (e non può avere per la presunzione di innocenza) contenuto sanzionatorio, ma assume valenza di prevista etero-integrazione del «progetto di intervento», sulla cui base viene preso il provvedimento⁵⁵ a norma dell'art. 27, d.lgs. n. 272 del 1989 (recante norme di attuazione del d.P.R. 448/88, d'ora innanzi *disp. att. min.*). Si tratta di un tema discrezionalmente imposto dal giudice, che evoca pur sempre «impegni», e nella consapevolezza, sì, della possibilità di adesioni strumentali e non solo da parte dell'«autore di reato»⁵⁶, ma anche

⁵⁴ Il tema si è posto anche con riferimento alla doverosa «prescrizione di adoperarsi in favore della vittima» nell'ambito dell'*affidamento in prova al servizio sociale*, ma le successive considerazioni possono valere in certa misura anche per tale prescrizione, che si colloca nel ben diverso quadro dell'esecuzione della pena. Sulla «paradossalità» che connoterebbe il trattamento finalizzato alla rieducazione (e, a maggior ragione, alla riparazione «da fare a qualcuno»), cfr. gli antesignani P. WATZLAWICK, J.H. WEAKLAND, R. FISCH, *Change: la formazione e la soluzione dei problemi*, Roma, 1974, 80 s. e 97 s., per i quali l'adesione collaborativa ad esso e il rapporto di fiducia tra servizi affidatari e condannato sarebbero minati da «paradossi che insorgono quando si vuole controllare la mente degli altri», per cui «sembra preferibile stabilire un prezzo da pagare per una trasgressione, cioè una pena, anziché tormentare la mente del trasgressore».

⁵⁵ Cfr. art. 27 *disp. att. min.* Ho sopra già evidenziato come invece nella *messa alla prova* per adulti le condotte riparatorio-risarcitorie e volte, ove possibile, alla mediazione, siano *ope legis* direttamente individuate quali necessari contenuti nel «programma di trattamento». Mi limito qui a rilevare che numerosi sono gli spunti lessicali che la legge istitutiva del *probation* per adulti offre a chi voglia intenderlo come una sorta di *affidamento in prova al servizio sociale* «patteggiato», snaturando l'istituto ed esponendolo al rischio di una problematica compatibilità con i principi costituzionali in materia penale. Per una chiarificazione su natura e scopo dell'istituto, cfr. G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Archivio penale*, n. 2, 2015 (web).

⁵⁶ Non è irragionevole ipotizzare una adesione strumentale anche della «persona offesa», che, attraversata da vissuti vendicativi e certo non serena rispetto all'autenticità dell'azione riparativa, possa approfittare della raggiunta posizione di forza, per neutralizzare la sospettabile strategia egoistica dell'offensore o anche solo per giocare un «ribaltamento di ruolo», di cui una sproporzionata pretesa risarcitoria può essere epifenomeno.

della impossibilità di certificare la purezza della motivazione ad attività riparative delle conseguenze comunque dannose della propria condotta (al pari della motivazione a qualsiasi altro «impegno» responsabilizzante, previsto nel «progetto di intervento»), salva la valutazione (*in itinere* o finale) dell'effettivo svolgimento (anche) di tali attività. A mio avviso è ragionevole non opporre l'atteggiamento strumentale a quello spontaneo in valorizzazioni contraddittorie⁵⁷, ma piuttosto analizzarne le interazioni, le rispettive funzionalità in ordine ad un accettabile concordato progetto di responsabilizzazione. Bisogna dunque abbandonarne una visione "pura" e astratta, per accedere invece alla realistica comprensione dei variegati meccanismi che strutturalmente intrecciano l'inevitabile "duplice" atteggiamento dell'imputato, non sottovalutando, soprattutto, le positive dinamiche che possono scaturire da un qualificato e riservato contesto mediativo.

Ciò chiarito, se da lungo tempo la giustizia penale minorile si caratterizza per la promozione di attività di mediazione – che tuttora «tiene il grido» tra i «servizi di giustizia riparativa» –, coltivando gli spazi normativi più o meno espliciti offerti dalle menzionate disposizioni, si rende necessario oggi un ripensamento di talune afferenti prassi che l'hanno intesa solo come un ulteriore strumento per l'educazione dell'«autore di reato» commesso durante la minore età, anziché – come correttamente configurata dalla Direttiva – un «servizio» cui «si ricorre [...] soltanto se [...] nell'interesse della vittima» maggiore e, *a fortiori*, minore⁵⁸.

In verità v'è spazio per entrambe le configurazioni, purché in corretto ordine crono-metodologico. *L'interesse superiore del minore*, se si affronta il tema della partecipazione ad un «procedimento di giustizia riparativa» (e prima del vaglio delle relative condizioni di fattibilità), non può che imporre una valutazione di adeguatezza alle sue «condizioni e risorse» ed «esigenze educative»⁵⁹. Soltanto in caso

⁵⁷ Peraltro, questo atteggiamento non solo può indurre a decisioni cognitivamente inaffidabili chi deve proporre un «procedimento di giustizia riparativa» o valutarne la fattibilità, ma viepiù vena di ipocrisia antieducativa l'adesione al percorso da parte dell'«autore del reato».

⁵⁸ Cfr. art. 12 della Direttiva.

⁵⁹ La valutazione, sulla base degli accertamenti "personologici" disponibili, è in prima battuta dell'autorità giudiziaria procedente, salvo, dopo l'invio, l'ulteriore filtro affidato al mediatore in sede di colloqui preliminari ed anche in even-

positivo⁶⁰ si potrà procedere alla sua assistita “audizione” e, ove abbia liberamente «riconosciuto i fatti essenziali del caso», ad acquisirne informato consenso all’attività di mediazione, per poi, esperito anche tale ultimo passaggio, valutare in concreto l’interesse della persona offesa a parteciparvi, previo informato e libero suo consenso⁶¹.

tuale corso d’opera. Si può qui evidenziare inoltre che soltanto durante il processo appare sensata la premura garantistica della Racc. (99)19 (IV.9), secondo la quale «la decisione di rinviare un caso alla mediazione penale [...] dovrebbe essere di esclusiva competenza dell’autorità giudiziaria»: del pubblico ministero durante le indagini preliminari e - se non v’è invio da parte del magistrato requirente - del giudice (per le indagini preliminari nell’udienza camerale a seguito di richiesta di sentenza per *irrelevanza del fatto*, dell’udienza preliminare e del dibattimento). Nella esecuzione penitenziaria, invece, non si pongono problemi di garanzia all’acquisizione da parte dell’ufficio di servizio sociale della giustizia o del «gruppo di osservazione e trattamento» sia del «riconoscimento dei fatti essenziali» che del consenso libero e informato dell’autore del reato, né al successivo invio ad un centro pubblico o privato di giustizia riparativa, che, acquisito l’eventuale consenso della vittima, possa poi effettuare l’intervento. Peraltro, allo stato delle attuali disposizioni che regolano il procedimento di sorveglianza, né il giudice né il rappresentante dell’ufficio del pubblico ministero hanno contatto con la vittima, ma solo con l’autore del reato: l’esito positivo della mediazione e l’eventuale accordo riparativo saranno poi trasmessi (unitamente alla relazione del servizio sociale della giustizia o dell’*équipe* penitenziaria) al giudice di sorveglianza procedente su richiesta di misura alternativa.

⁶⁰ Si è discusso in dottrina sulla applicabilità nel procedimento minorile degli istituti di cui agli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 274 del 2000 cit. (i cui artt. 4, ult. co., e 63, co.1, pongono espressamente il tema), e certo il problema non mancherà di porsi anche a proposito degli istituti previsti dai provvedimenti legislativi n. 67 del 2014 e n. 274 del 2015. Non è certo possibile approfondire in questa sede ma è evidente come tali meccanismi non siano proprio compatibili con la preliminare valutazione della personalità e delle esigenze educative dell’«autore di reato» commesso durante la minore età, tacendo della focalizzazione dei suddetti istituti sul *danno* anziché sul *fatto* (sulla distinzione v. M. BOUCHARD, *Offesa e riparazione*, Milano, 2005, 167 ss.), ragioni per le quali ritengo che il carattere di specialità degli istituti minori debba prevalere: cfr. C. CESARI, *sub art. 28*, in *Il processo penale minorile, commento al d.P.R. 448/1988*, a cura di G. GIOSTRA, Milano, 345 ss. Per contro, (almeno) l’art 3 Cost. impone che, quando il Tribunale per i minorenni giudichi un reato di competenza del giudice di pace, debbano irrogarsi le più miti sanzioni previste dal d.lgs. n. 274: v., da ultimo, Cass., Sez.V, 3-4-2013, P.G. in proc. D. F., in *Mass. Uff.*, n. 255766.

⁶¹ Quanto al problema testé analiticamente affrontato (definibile come “conflitto apparente tra due superiori interessi”), le Linee guida per «una giustizia a misura di minore» del 2010 indicano un metodo in via generale: «l’interesse superiore di tutti i minori interessati da uno stesso procedimento o causa dovrebbe essere valutato separatamente e soppesato nell’intento di conciliare eventuali interessi confliggenti dei minori» (III.B.3.); vedi anche sub III.B. e III.E., in cui perspicuamente si bilanciano principio di legalità e di beneficita.

Adattamenti al contesto minorile si impongono anche sul piano della nozione di «riparazione» delle «conseguenze del reato»⁶² che, ancor più che nella messa alla prova per gli adulti, non è certo riducibile al risarcimento economico, ma postula la messa a fuoco di altre congrue condotte riparatorie⁶³, più marcatamente orientate alla rassicurazione della persona offesa ed alla riconciliazione, anche attraverso impegni concordati. L'esito positivo della mediazione, senza perdere la propria autonoma valenza, potrà così dar corpo anche ad un "dinamico" elemento di valutazione anche della «evoluzione della personalità», obiettivo del *probation* minorile.

6. L'opzione di fondo del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. L'irrilevanza del fatto.

Prima di procedere all'esame dell'istituto nel quale può più precocemente rifluire l'eventuale esito positivo delle attività di mediazione-riparazione e per meglio comprendere come, nono-

⁶² Non essendo l'accertamento della responsabilità penale previsto quale presupposto della *messa alla prova*, per «reato» deve intendersi, conformemente al principio di cui all'art 27, co. 2, Cost., il fatto veicolato in una solida imputazione (*id est*, difetto dei presupposti per emettere sentenza di non luogo a procedere/di non doversi procedere/di assoluzione, alla luce dei diversi parametri di giudizio previsti per le rispettive fasi processuali), riconosciuto dall'imputato nella sua materialità come fonte di conseguenze da riparare, tale riconoscimento essendo implicato dalla disponibilità alla/dalla richiesta della misura sospensiva del processo, che tali condotte riparatorie può comportare, come deve essergli «illustrato» dal giudice a norma dell'art.1, co. 2, *disp. min.* Il tema sarà approfondito nei successivi paragrafi.

⁶³ A mo' di esemplificazione, l'esperienza ci indica un accordo riparatorio nelle forme di una particolare attività da svolgere in favore della vittima o della comunità, ma anche dello stesso «autore del reato» ove il fatto sia connesso a sue condizioni personali (come, ad esempio, l'adesione ad un programma terapeutico), oppure un accordo sul rimborso delle spese per ripristino/sostituzione di beni danneggiati o per terapie necessarie alla persona offesa a seguito del reato. Invero, per fatti di non grave entità o nei c.d. delitti di relazione, non infrequenti tra i giovani, la stessa ripresa della comunicazione, in un clima veritativo e di reciproco riconoscimento, porta di per sé ad un esito positivo della mediazione, pur apprezzabile dal giudice (confluendo nel compendio degli elementi valutabili alla stregua dei parametri di legge) nella valutazione della *irrilevanza del fatto* o dell'esito della *messa alla prova*.

stante l'assenza di una espressa previsione normativa, abbiano potuto per via prassica (assai feconda in taluni casi, ma, oggi, bisognosa di "istituzionalizzazione") radicarsi sin dalla fase delle indagini preliminari del procedimento penale minorile, occorre prendere le mosse dalla revisione operata con la nuova normativa sul processo penale minorile del cosiddetto *paradigma eziologico*⁶⁴ cui si ispirò il r.d.l. n. 1404 del 1934 (istitutivo del tribunale per i minorenni), il cui art. 11 richiedeva retrospettivi accertamenti centrati sui «precedenti personali e familiari dell'imputato, sotto l'aspetto fisico, psichico, morale e ambientale», al fine di «determinare la personalità del minore e le cause della sua irregolare condotta»⁶⁵.

Si cambia rotta con l'art. 9 *disp. min.*, tacitamente abrogativo della precedente disposizione: «il pubblico ministero e il giudice

⁶⁴ Con questa locuzione si designa il fulcro teorico del positivismo criminologico come "osservazione scientifica" delle cause biologiche, psicologiche e sociali del crimine finalizzata al "trattamento" del condannato, modello elaborato nella seconda metà dell'Ottocento.

⁶⁵ L'«irregolarità della condotta o del carattere» dei minorenni è anche il presupposto per l'applicazione della datata (non solo in senso cronologico) misura dell'«affidamento al servizio sociale» prevista dall'art. 25 del r.d.l. n. 1404 cit. e finalizzata alla loro «rieducazione», attraverso la «sottoposizione» a «prescrizioni» (relative all'istruzione, alla preparazione professionale, al lavoro, all'utilizzazione del tempo libero, ad eventuali terapie), oltre che alle «direttive» del servizio sociale. Si tratta di misura «amministrativa» (che va doverosamente adeguata all'attuale assetto costituzionale e alla luce della nuova normativa di settore), collocata dunque fuori dal procedimento penale, pur se da questo può trarre occasione, sia esso in corso (quando non sia possibile una misura cautelare), sia esso definito (in caso di proscioglimento «per difetto di capacità di intendere e di volere, senza che sia applicata una misura di sicurezza» o «quando è stato concesso il perdono giudiziale o la sospensione condizionale della pena»). È agevole scorgervi il prodromo (seppur disciplinare/paternalistico) dell'*affidamento in prova* di cui all'art. dall'art 47 *ord. penit. cit.*, che configura un «trattamento rieducativo» tendente al «reinserimento sociale» e adeguato «ai particolari bisogni di ciascun soggetto» in relazione alle «cause dei disadattamento» rilevate nell'«osservazione», «svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive» (art. 15), nonché della partecipazione all'azione educativa della comunità esterna (art. 17). Siamo nel modello positivistico, pur nella versione c.d. umanistica e non più medicale-autoritaria (per la cui feroce critica epistemologica cfr., per tutti, M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976, 12 ss., 246 ss.), modello in crisi ma ancora dominante, oggi laicamente intessuto di istituti ri-educativo-riparatori e aperto, ove possibile, ad innesti di giustizia riparativa *stricto sensu*.

acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore, al fine di accertare l'imputabilità, il grado di responsabilità e valutare la rilevanza sociale del fatto»⁶⁶. È evidente anzitutto come l'attenzione si focalizzi non più su deterministici «pre-cedenti» ma, pragmaticamente, sulle attuali «condizioni», quindi anche sui valorizzabili «processi educativi in atto», e «risorse», e così anche sui «processi educativi» attivabili, anche modernamente responsabilizzanti⁶⁷. Inoltre, si amplia lo spettro finalistico delle indagini "personologiche": l'autorità giudiziaria acquisisce elementi, oltre che per accertare «l'imputabilità e il grado di responsabilità» (formula davvero innovativa quest'ultima, soprattutto se letta in sinergia con il tradizionale vocabolo che la precede), per «valutare la rilevanza sociale del fatto» al fine di disporre nei confronti dell'«autore del reato» le adeguate «misure penali», ben più articolate che nel precedente regime. Tra queste la riforma include la (anche onomasticamente) connessa *irrelevanza del fatto*, pronunciata con sentenza del giudice, su richiesta del pubblico ministero «durante le indagini preliminari»⁶⁸, se risulta la tenuità

⁶⁶ A tal fine è consentito all'autorità giudiziaria minorile non solo di «sentire il parere di esperti, senza alcuna formalità» - come in passato - ma di «assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti» con l'indagato/imputato, utili anche al fine di valutarne le «condizioni e risorse» per l'invio al mediatore, ed acquisibili non solo per il tramite dei servizi sociali della giustizia e degli enti locali, delle sezioni specializzate di polizia giudiziaria, ma anche degli esperti di qualificati centri pubblici o privati di mediazione.

⁶⁷ La locuzione «processo educativo» è nell'art. 19 d.P.R. 448, che si occupa delle misure cautelari minorili, inversamente proporzionali a quelle promozionali. La ponderazione, in ambito minorile, deve essere particolarmente scrupolosa, e questa parola ci porta allo "scrupolo" anche nel significato della più piccola unità di misura con cui, in altri tempi, il farmacista usava la sua bilancia per evitare che il farmaco si tramutasse in veleno.

⁶⁸ Se, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 9 maggio 2003, *l'irrelevanza del fatto* può essere pronunciata in qualsiasi fase, è durante le indagini preliminari (solo su richiesta del pubblico ministero), a breve distanza dal fatto, che quest'epilogo trova all'evidenza la sua sede elettiva. In particolare, nei casi non gravi in cui siano subito valutabili le condizioni soggettive e oggettive di un intervento di giustizia riparativa, la sofferenza è ancora viva nella persona offesa che ha così urgente bisogno di risposta rassicurativa/ristorativa; e, dal canto suo, l'offensore, che non si sia dichiarato estraneo alla vicenda e se ne senta in qualche misura e per qualche rispetto responsabile, può essere disponibile a farsene carico nel modo meno strumentale possibile. Insomma, l'attività di me-

del fatto⁶⁹ e l'occasionalità del comportamento [...] quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne». In particolare, la valutazione della «rilevanza del fatto», e segnatamente della sua «tenuità»⁷⁰, non può che farsi anche con riferimento al pregiudizio subito (e per come vissuto) dalla «persona offesa», come implicato dall'art. 27 *disp. min.*, che significativamente prevede il dovere del giudice per le indagini preliminari di sentirla, unitamente al minorenne indagato (e, se non divenuto maggiorenne nelle more, all'esercente la responsabilità genitoriale), prima di provvedere sulla richiesta di sentenza di «non luogo a procedere». Ebbene, proprio facendo leva sugli «accertamenti» estesi alla «rilevanza del fatto» e sulla necessaria audizione della persona offesa, non poche prassi giudiziarie hanno introdotto previe attività di mediazione⁷¹, il cui

diazione è tanto più efficace quanto meno le parti siano mosse da un approccio difensivo, che tende a cristallizzarsi nel prosieguo del procedimento: cfr. M.W. BATTACCHI, O. CODISPOTI, *La vergogna*, Bologna, 1992, 73 ss.

⁶⁹ La disposizione richiama l'attenzione sul «fatto» concreto e non sull'astratto titolo di reato, su un fatto «tenue» nella sua complessità, sia riguardo alle modalità e conseguenze dell'offesa che sotto il profilo della intensità del dolo e grado della colpa. Sono questi tutti aspetti che, se «dinamicamente» affrontati in sede di mediazione, possono portare le persone offese ad atteggiamenti non oppositivi, sicché la decisione possa rispecchiarne la ridimensionata reazione all'offesa.

È appena il caso di rilevare che, senza interposizioni mediativo-riparatorie introdotte da analoghe virtuose prassi nel corso delle indagini preliminari (fase che offre maggiori opportunità di un confronto anche costruttivo tra persona offesa e indagato), i pur commendevoli istituti della *particolare tenuità del fatto* introdotti dai succitati d.lgs. n. 274 del 2000 (art. 34, commi 2 e 3) e n. 28 del 2015 (artt. 411, c.1-bis, e 469, c. 1-bis, c.p.p.) sono destinati ad una limitata applicazione o, all'opposto e ancor peggio, a risultati di deflazione del carico del sistema della giustizia penale ma a costo di una sua pericolosa, ulteriore delegittimazione.

⁷⁰ Se «la *ratio* della previsione contenuta nel d.P.R. n. 448 del 1988, art. 27, è di consentire la estromissione [...] più possibile sollecita dal circuito penale di condotte devianti, le quali [...] per la loro tenuità ed occasionalità [...] appaiano destinate a rimanere nella vita del minore un fatto episodico e ad essere autonomamente riassorbite» (Cass., Sez VI, 25.5.2011, S., in *Mass. Uff.*, n. 250734), quando il conflitto è con una particolare persona e viene «riassorbito» in una mediazione, ne è chiara inoltre la rispondenza alle esigenze di prevenzione del pericolo di «vittimizzazione ripetuta», e così la valenza ai fini di una più fondata valutazione anche del requisito dell'«occasionalità».

⁷¹ Come auspicato dalla citata Raccomandazione n° R(87)20, ove si incoraggia «lo sviluppo di procedure di *diversion* e di mediazione da parte dell'organo che esercita l'azione penale, al fine di evitare ai minori la presa in carico da parte

esito positivo, immutati i presupposti di legge cui deve ancorarsi il giudice, non può che influire sulla loro valutazione, con particolare riferimento al requisito della «tenuità del fatto», letto in chiave dinamica come “attenuato” dall’eventuale epilogo riconciliativo-riparatorio.

Richiamato dunque quanto esposto sul complesso vaglio in ordine alla valutazione di opportunità e alla verifica delle condizioni di accesso al servizio di giustizia riparativa, il pubblico ministero, che abbia invitato le parti ad una “attività di mediazione” conclusasi positivamente⁷², anche su tal rilievo può far richiesta al giudice delle indagini preliminari di sentenza di non luogo a procedere per *irrilevanza del fatto*, se non di archiviazione per remissione della querela, ove intervenuta a seguito della mediazione, rispetto alle fattispecie di reato che tale epilogo consentano⁷³.

Non posso concludere l’esame dell’istituto senza rilevare che l’intervento di «giustizia riparativa» *stricto sensu* non esaurisce quel che si può subito fare. Nei c.d. reati con vittima individuale quando la mediazione sia “infattibile” per indisponibilità della

del sistema della giustizia penale e le conseguenze che ne derivano». Alla Raccomandazione, ed in particolare «alla cosiddetta mediazione [...] avente lo scopo di ricomporre il conflitto fra minorente offensore e vittima, e di responsabilizzare i giovani autori di reato», fa riferimento anche la *Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni* — in Gazz. Uff., serie generale, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord., n. 2, 2. — che tuttavia la ritiene «recepta e resa possibile» solo con riferimento alla previsione delle prescrizioni riparativo-conciliative nell’ambito del *probation* di cui all’art. 28, 2° co., *disp. min.*

⁷² Come già evidenziato, il mediatore deve limitarsi ad una relazione sintetica in cui si enunci l’esito positivo o meno della mediazione e l’eventuale (“assistito”) accordo riparativo (se v’è consenso), senza cenno alle dichiarazioni rese o gli atteggiamenti manifestati dalle parti nel corso dell’esperienza o alle ragioni dell’eventuale esito negativo.

⁷³ Se a seguito della riuscita mediazione le parti decidono anche di chiudere sul nascere il processo penale (con remissione della querela e sua accettazione), questa volontà è insindacabile dal giudice, che dovrà pronunciare decreto di archiviazione all’unica condizione che il reato possa effettivamente qualificarsi come procedibile a querela. Solo se il reato è procedibile d’ufficio o a querela non rimessa (caso raro ma teoricamente possibile nonostante l’esito positivo della mediazione), il giudice sarà chiamato ad affrontare (seppur allo stato degli esigui atti) il tema dell’accertamento della responsabilità e, in caso affermativo, a valutare se e in che misura l’esito positivo della mediazione e l’eventuale accordo riparativo possano incidere sull’applicabilità dell’*irrilevanza del fatto* alla luce dei parametri normativi.

persona offesa o per altre ragioni afferenti alle condizioni/risorse delle parti, ma anche nei c.d. reati senza vittima (*id est*: “reati con vittima collettiva o diffusa”), v’è e vi deve essere (per evitare un trattamento diseguale) spazio per impegni riparativi *lato sensu* in chiave responsabilizzante, e così apprezzabili dalla autorità giudiziaria minorile, cui comunque preme, nei casi in cui è possibile, una rapida fuoriuscita dell’indagato dal circuito penale, realizzabile anzitutto con l’applicazione dell’art. 27 *disp. min.* Più in particolare, nella prima ipotesi (infattibilità della mediazione) la volontaria attività educativo-riparatoria può essere svolta in favore di soggetti diversi dalla persona offesa che per condizioni/contexto la evochino (una attività concordata per il tramite dei servizi sociali con un ente esponenziale), che consenta così all’indagato di riflettere sulla propria riconosciuta condotta e di responsabilizzarsi. Quanto poi ai c.d. reati senza vittima, come – per fare esempi molto ricorrenti – il danneggiamento di strutture pubbliche e i reati relativi alla circolazione stradale o alla disciplina degli stupefacenti (di lieve entità, commessi da tossicodipendente *et sim.*), possono costituire rispettive attività educativo-riparatorie (sempre concordate con i servizi sociali) quelle di cura/manutenzione di altre analoghe strutture pubbliche, «nel campo della sicurezza e dell’educazione stradale» o in attuazione di un programma terapeutico: insomma, attività scelte, nella misura possibile, in maniera tale che abbiano una certa relazione col fatto riconosciuto nella sua materialità come fonte di pregiudizio per la comunità e con le conseguenti aspettative di sicurezza della stessa.

7. La messa alla prova.

«Quando ritiene di dover valutare la personalità del minore», «il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del procedimento e messa alla prova» per un «periodo» massimo che varia a seconda della gravità edittale ma per qualsiasi tipologia di reato⁷⁴ (e senz’altra preclusione afferente alla

⁷⁴ A seguito della sentenza della Corte cost. 1990, n. 412, il d.lgs. 1991 n. 12 ha esteso l’applicabilità dell’istituto anche alle ipotesi di reati punibili con la pena dell’ergastolo (la stessa Corte, con sentenza 1994 n. 168, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 cod. pen., nella parte in cui non

sfera soggettiva, e neppure alla reiterabilità della misura), con «affidamento» dell'imputato ai servizi minorili della giustizia «per svolgimento delle opportune attività di osservazione, trattamento⁷⁵ e sostegno»: il giudice pronuncia sentenza di «estinzione del reato se «l'esito della prova» è «positivo»⁷⁶, tenuto conto del «comportamento del minorenne e dell'evoluzione della personalità».

La misura può essere dunque disposta anche d'ufficio non essendo condizionata alla richiesta dell'interessato, ma è di «indubbio «peso»⁷⁷ la sua disponibilità, a ben vedere logicamente indefettibile, dovendo il giudice provvedere «sulla base di un progetto di intervento elaborato dai servizi minorili della giustizia, in collabo-

escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile). Evidente dunque è il modesto rilievo alla astratta gravità del reato, a differenza che in altre pur evolute legislazioni europee che precludono l'ammissione a misure analoghe ai minori autori per gravi tipologie criminose, a conferma della tradizionale scissione operativa inerente al significato di persona, tra l'aspetto spirituale e l'aspetto materiale, quest'ultimo, oltre una certa soglia, più garantito nel sistema giuridico: cfr. C. CATARSI, P. PAMPALONI, *Giudice/educatore*, Firenze, 1994, 107 ss.

⁷⁵ Il vocabolo, che evoca in prima battuta l'applicazione di una tecnica ad un "oggetto", è pigramente tratto dall'ordinamento penitenziario, che tuttavia distingue il «trattamento rieducativo» (attuato nei confronti dei «condannati» e diretto, con la loro collaborazione, a promuoverne «un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale»: cfr. artt. 1, co. 4, 13, 15, commi 1 e 2, *ord. penit.* e artt. 1, co. 2, 27, 28, 29 del d.P.R. n. 23 del 2000 - *Regolamento recante norme sull'ord. penit., d'ora innanzi reg. penit.*) dal «trattamento degli imputati [...] rigorosamente informato» alla presunzione di innocenza e che consiste nell'ammissione «a loro richiesta a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative [...] lavorative o di formazione professionale», in altri termini «nell'offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali» (cfr. artt. 1 e 15 *ord. penit.*). La non felice espressione è comunque abbandonata dall'art. 27 *disp. att. min.*, che, come già rilevato, ricorre alla più neutra (e compatibile con la presunzione di innocenza) locuzione «progetto di intervento».

⁷⁶ Cfr. art. 29 *disp. min.*

⁷⁷ Così Corte cost., sent. 1995, n. 125, cit., che ha ritenuto il potere officioso del giudice coerente con «finalità di recupero del minore deviante». Segnalo per comparazione come la *messa alla prova* per l'imputato adulto presupponga esplicitamente la sua richiesta e che, proprio per verificarne la volontarietà, «il giudice se ritiene opportuno» ne «dispone la comparizione»: cfr. l'art. 464-*quater*, co. 2, c.p.p.

razione con i servizi locali»⁷⁸, al quale però danno corpo gli «impegni specifici che il minorene assume», in difetto dei quali non v'è «progetto» e così manca la necessaria «base» del provvedimento di sospensione⁷⁹, ma anche della valutazione dell'esito della prova, configurandosi come parametro condiviso del giudizio sul «comportamento» e sulla «evoluzione» dell'imputato messo alla prova.

Peraltro, non si può non ricordare che, per la Raccomandazione del Consiglio d'Europa in materia di *probation*, «ogni intervento che precede il riconoscimento definitivo della colpevolezza deve essere effettuato con il consenso informato dell'autore del reato e non deve violare la presunzione di innocenza»⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. art. 27 *disp. att. min.* Sul significato tecnico del termine «intervento» con riferimento alla mediazione, cfr. G. PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, in *La sfida della mediazione*, G. PISAPIA e D. ANTONUCCI, Padova, 1997, 250-254. Se il giudice provvede «sulla base» del progetto, ciò implica che ne è escluso dalla fase formativa, mentre ha ovviamente la potestà discrezionale di decidere la *messa alla prova*, ove ritenga che il provvedimento, anche attraverso gli impegni assunti dall'imputato, possa contribuire alla evoluzione della sua personalità. Le condotte auspicate nel progetto hanno contenuto educativo/ripartorio e dunque non possono che configurarsi come autonomi «impegni» dell'imputato, che tuttavia divengono per lui vincolanti con il provvedimento del giudice. Se gli «impegni» non appaiono idonei a perseguire lo scopo dell'istituto, il giudice può suggerire integrazioni o modifiche del progetto, ma non gli è riconosciuto il potere di prescrivere condotte positive (*comandi*) che ritenga genericamente educative (cfr. Cass., Sez. IV, 20-6-2014, P.M. in proc. B., in *Mass. Uff.*, n. 260317; Cass., Sez. V, 27-9-2013, P.M. in proc. G., *ivi*, n. 259993). Né può il giudice impartire prescrizioni limitative della libertà per evitare il rischio di ulteriori procedimenti penali per condotte analoghe (a quelle per cui pende il processo) senza il consenso dell'imputato (cfr. Cass., Sez. VI, 17-3-2009, L., in *Mass. Uff.*, n. 244142), inassimilabili alle prescrizioni (in prevalenza *divieti*: cfr. in part. art. 47, comma 6, *ord. penit.*) imposte dal giudice di sorveglianza al condannato con il provvedimento di *affidamento in prova al servizio sociale* per «assicurare la prevenzione che il condannato commetta altri reati», in questo ben diverso istituto non rilevando la disponibilità del condannato in raffronto con l'espressa esigenza di tutela della collettività. Sugli anonimi *divieto/comando* cfr. N. BOBBIO, voce *Norma*, in *Enciclopedia*, Torino, 1980, vol. 9, 885 ss. e E. FASSONE, voce *Probation*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1986, vol. 35, 789.

⁷⁹ Cass., Sez. VI, 20-1-2003, PM in proc. Mancinelli, in *Mass. Uff.*, n. 223552; Cass., Sez. V, 15-1-2004, P.M. in proc. Pantano, *ivi*, n. 227940; Cass., Sez. II, 8-11-2012, P.M. in proc. C., *ivi*, n. 255067.

⁸⁰ Cfr. R(2010)1 cit., *Appendice I*, parte prima, sub *Definizioni*, in particolare *Sanzioni e misure applicate in area penale esterna*, ma anche gli artt. 1, 6 e 7: è significativa la precisazione, riferita al *probation* processuale, anche sul rilievo della precedente regola, secondo la quale «i servizi di probation cercano quanto più possibile il consenso informato e la collaborazione degli autori di reato per tutti gli interventi che li riguardano» (corsivo mio).

Come si è già evidenziato, con l'ordinanza il giudice «può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa»⁸¹, legittimata a «partecipare» all'udienza (sia preliminare che dibattimentale), ove può essere sentita anche al fine di un approfondimento delle «conseguenze del reato» e disporre adeguate misure⁸², incluse le suddette prescrizioni⁸³. Peraltro, la possibilità di imporle nell'ambito del *probation* è in contraddizione solo apparente con l'inam-

⁸¹ Si impone qui un primo raffronto con la formula – tanto innovativa quanto elastica – adottata nell'ambito dell'*affidamento in prova al servizio sociale*: il giudice di sorveglianza (anche) minorile «può» stabilire «che l'affidato si adoperi in favore della vittima del suo delitto», così recitava l'originario 6° comma dell'art. 47 *ord. penit.*, mentre l'attuale 7° comma, come novellato dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663, lo riproduce con modifiche che vincolano la discrezionalità del giudice, che «deve» imporla «in quanto possibile». Invero, questo inciso è implicito in ogni prescrizione risarcitorio-riparativa, ma nel contesto della norma in esame non può essere certo inteso come attenuativo della doverosità della prescrizione con riferimento alle possibilità economiche del condannato, in quanto il risarcimento ne è solo uno dei mezzi (e se varia il mezzo, varia anche il fine) – a maggior ragione nel procedimento penale minorile, ove è esclusa l'ammissibilità dell'azione civile –, potendo l'«adoperarsi» consistere infatti in qualsiasi forma di sostegno morale o materiale attuabile nel caso concreto (cfr. Cass., Sez. I, 23-11-2001, Posterà, in *Mass. Uff.*, n. 220438). Occorre ulteriormente osservare che tale inciso, ove la prescrizione implichi un qualsivoglia contatto con la vittima, postula la verifica, prima ancora che delle condizioni di accesso imposte dalla Direttiva, della metodologia trattamentale prevista dal 1° comma, ultimo periodo, dell'art. 27 *reg. penit.* cit.: su tali temi non posso che rinviare a G. Rossi, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *Archivio Penale*, maggio-agosto 2015, fasc. 2.

⁸² La persona offesa è sentita se «necessario ai fini indicati nell'art. 9»: cfr. artt. 31, 5° co., e 33, 4° co., *disp. min.*

⁸³ Si evidenzia che la già richiamata Raccomandazione n° R(2010)1, per suo stesso preliminare assunto «complementare alle collegate disposizioni [...] della Raccomandazione n° R(99)19», chiarisce, all'art. 1, che i «servizi di probation» hanno lo scopo principale «di ridurre la perpetrazione di ulteriori reati instaurando rapporti positivi con gli autori di reato, al fine di assicurarne la presa in carico [...], di guidarli e assisterli per favorire la riuscita del loro reinserimento sociale», ma possono anche effettuare «interventi di giustizia riparativa» (cfr. *Preambolo*), accortamente definita, innanzitutto, come «risposta al reato» diretta a «riparare, per quanto possibile, il danno provocato alla vittima» e, in secondo luogo, a far «comprendere» agli autori di reato «che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per la vittima e per la società», anche in prospettiva di una coerente «assunzione di responsabilità» (cfr. *Appendice II, Glossario dei termini utilizzati*).

missibilità dell'azione civile nel procedimento penale minorile⁸⁴: il legislatore ha ritenuto dissonante con la finalità educativa che lo connota non che il minore fosse posto di fronte alle conseguenze dannose della propria condotta, ma la modalità competitiva – di *gioco a somma zero*⁸⁵ – con cui affrontare il tema, saggiamente collocato nel contesto della messa alla prova e, ove in essa possibile, di una attività di mediazione, che, proprio in quanto «tende a ristrutturare il rapporto nella sua complessità, mutandolo in cooperativo»⁸⁶, può nel contempo contribuire anche a «sensibilizzare l'autore di reato al danno arrecato alle vittime e condurlo ad assumerne la responsabilità»⁸⁷. È evidente infatti come nei c.d. reati con vittima individuale la «riparazione delle conseguenze del reato» acquisti particolare significato se concordata nell'ambito della «conciliazione» «promossa» dal giudice, che verificate le condizioni di un siffatto orientamento (anche alla luce delle «condizioni di accesso» dettate dalla Direttiva), rinvii l'udienza per l'elaborazione di un coerente «progetto», ove dovranno essere previste anche le «modalità di attuazione» con l'attivazione di un centro di mediazione⁸⁸.

Si può inoltre segnalare che quando sia impraticabile l'attivazione di «procedimenti di giustizia riparativa» *stricto sensu* nei c.d. reati a vittima individuale o si tratti di c.d. reati senza vittima, sempreché nel «progetto di intervento» non sia già prevista una congrua attività riparativa *lato sensu*, il giudice «può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato», dalla norma non specificate come «dannose o pericolose» proprio per

⁸⁴ Cfr. art. 10 *disp. min.*, che coerentemente dispone altresì che «la sentenza penale non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato».

⁸⁵ Sulla opportunità di evitare di esporre l'imputato per reato commesso da minorenni alle «tensioni che può sviluppare la presenza dell'accusa privata»: v. sent. Corte cost. n. 433 del 1997.

⁸⁶ Così G. GULOTTA, P. CAPURRO, *Come conciliare il reo minore con la vittima*, in *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, a cura di DE CATALDO NEUBURGER L., Padova, 1990, 139 ss.; vedi anche G. GULOTTA, G. SANTI, *Dal conflitto al consenso*, Milano, 1988, 28 ss..

⁸⁷ Cfr., in particolare, artt. 96 e 97 della Raccomandazione n° R(2010)1 cit.

⁸⁸ È appena il caso di notare che, se la mediazione prevista nel «progetto di intervento» ne è solo uno dei contenuti, il suo esito influisce certamente sulla valutazione finale della misura, ma tenuto conto del comportamento complessivo.

estenderne la portata⁸⁹ e così consentirgli di indicarne almeno la più idonea tipologia, delegando al servizio affidatario le modalità attuative, da ricercare con la collaborazione dell'«autore del reato».

8. (segue:) Il supposto giudizio di responsabilità.

Non posso ora che occuparmi del “non detto” dalla disposizione in esame, ma necessario per accostare (ma non implicandola) la più problematica delle condizioni previste dalla Direttiva

⁸⁹ Cfr., tra gli altri, P. GIANNINO, *Il processo penale minorile*, Padova, 1997, 241. Quanto alla riparazione nei confronti della vittima, al di fuori di un intervento di giustizia riparativa *stricto sensu*, ampio è lo spettro delle possibili condotte, dall'invio di una lettera di scuse alla «messa a disposizione» della persona offesa «di una adeguata somma di denaro destinata solo ad agevolare l'inserimento lavorativo e sociale», fortemente compromesso dal reato, distinta dal risarcimento del danno, la cui azione è inammissibile nella sede processuale minorile (v. G.U.P. Trib. min. Perugia, 3 novembre 1994, C.M. *et al.*, in *Rass. Giur. Umbra*, 1996, 193), quando l'imputato ne abbia la capacità economica (invero rarissima), e con il «coinvolgimento» dei genitori, soprattutto nei casi in cui si profili una fondata azione civile a norma dell'art. 2048 cod. civ. Sulla la c.d. riparazione in favore della collettività rimando alle esemplificazioni di cui al § 6. Può qui essere utile un ulteriore riferimento comparativo con l'affidamento in prova al servizio sociale, nel cui ambito l'«attività in favore della collettività» è prescritta con la seguente ricorrente formula (invalsa per gli adulti): “in caso di impossibilità o di difficoltà di adempimento del risarcimento, il condannato deve prestare attività a favore della collettività presso l'ente o struttura, individuata con la collaborazione del servizio sociale affidatario”. Attività, dunque, implicitamente ancorata al comma 7 dell'art. 47 *ord. penit.*, ma proprio perché così concepita correttamente respinta dalla giurisprudenza di legittimità, in quanto non prevista dalla legge (cfr. Cass., Sez. I, 23-11-2001, Contin, in *Mass. Uff.*, n. 220439). Sarebbe pertanto opportuna (anche sulla scia della normativa sulla messa alla prova per imputati adulti) una individuazione legislativa «più precisa e variegata» della prescrizione» di cui al comma 7 cit. (così A. PRESUTTI, in *Ordinamento Penitenziario. Commento articolo per articolo*, a cura di V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, Padova, 1997, 354), con la previsione anche di una «prestazione di lavoro di pubblica utilità» sia quale modalità sostitutiva di un non possibile «adoperarsi in favore della vittima», sia a titolo di riparazione simbolica del pregiudizio causato alla collettività nei c.d. reati senza vittima: cfr. la Raccomandazione n° R(2010)1, artt. 47-52. Per l'analisi di due casi di lavoro di pubblica utilità orientato alla riparazione nell'ambito di esperienze di probation processuale (minorile) e penitenziario, volendo, G. ROSSI, *Il lavoro di pubblica utilità in prospettiva riparativa*, in *L'Eco dell'ISSP*, 2013, nn. 3, 4.

per l'«accesso a servizi di giustizia riparativa» nel contesto penale, ovvero il «riconoscimento dei fatti essenziali da parte dell'autore del reato», che mi accingo ad approfondire nel conclusivo paragrafo.

Ebbene, la Corte costituzionale, motivando sulla legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 4, *disp. min.*, ha rilevato come, pur in assenza di previsione normativa, «presupposto concettuale essenziale del provvedimento [...], connesso ad esigenze di garanzia dell'imputato» sia costituito da «un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice, in quanto altrimenti si imporrebbe il proscioglimento»⁹⁰ dell'imputato, al quale è attribuito il potere di ricorrere per cassazione contro l'ordinanza che dispone la *messa alla prova*⁹¹ «anche con riguardo al profilo attinente alla insussistenza di tale presupposto».

La sintetica affermazione sembra aver dato luogo a fraintendimenti, evitabili se ben interpretata anche alla luce delle successive pronunce della stessa Consulta e modifiche legislative della disciplina della pregnante udienza preliminare minorile, da cui conviene prendere le mosse, anche sul rilievo che è in essa che la

⁹⁰ Cfr. Corte cost., n. 125 del 1995. In dottrina, per tutti, F. PALOMBA, *Sistema del nuovo processo penale minorile*, Milano, 1989, 414 ss., che per primo individua il «presupposto concettuale (logico e sistematico) del provvedimento [...] di modo che il dubbio circa la responsabilità penale [...] dovrebbe portare» solo al proscioglimento».

⁹¹ Cfr., da ultimo, Cass., Sez.V, 23-2-2015, B., in *Mass. Uff.* n. 24011, che ribadisce che «la disciplina dettata [...] dall'art. 28, comma 3, d.P.R. n. 448 del 1988, in forza del quale "contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore", [...] deve essere interpretata alla luce del precedente comma 2 del medesimo art. 28, che ha ad oggetto esclusivamente l'ordinanza che dispone la sospensione: proprio all'interpretazione che mette in correlazione i due commi indicati si ricollega l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale l'ordinanza con la quale il Tribunale per i minorenni rigetta l'istanza di messa alla prova dell'imputato [...] non è impugnabile autonomamente, ma solo congiuntamente alla sentenza che definisce il giudizio». La succitata sentenza, occupandosi della *messa alla prova* per adulti, rileva che «l'ampio tenore letterale» del comma 7 dell'art. 464-*quater* c.p.p., che non distingue, come la disciplina minorile, tra ordinanze di accoglimento e di rigetto dell'istanza di sospensione, sottrae quest'ultima alla disciplina di cui all'art. 586 c.p.p.», che è dunque, anch'essa, autonomamente impugnabile con ricorso per cassazione. Conformi: Cass., Sez. III, 24-4-2015, Frasca, in *Mass. Uff.* n. 263814; Cass., Sez. II, 6-5-2015, Corallo, in *Mass. Uff.* n. 263787.

messa alla prova minorile trova collocazione elettiva e molto più frequente applicazione. Come è noto, in questa fase, se non vi sono richieste di parte, la decisione si risolve nell'alternativa se pronunciare «sentenza di non luogo a procedere» o «decreto che dispone il giudizio», sulla base dei soli «elementi di prova» risultanti dalle «indagini preliminari», anche – ove ritenute incomplete – «ulteriori» a seguito di ordinanza “integrativa” del giudice, che può altresì disporre «l'assunzione delle prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere», con accertamento esteso alla loro «insufficienza», «contraddittorietà» o comunque «non idoneità a sostenere l'accusa in giudizio» degli elementi di prova, di regola unilateralmente acquisiti⁹².

Ove, alla stregua del parametro anzidetto, gli «elementi di prova» non possano condurre ad una sentenza di proscioglimento, e sia stato prestato il (“personalissimo”) consenso dell'imputato alla definizione del processo nella fase in esame, che ne rende possibile l'utilizzazione al di fuori del contraddittorio, il giudice può ritenere attribuito il fatto-reato all'imputato ma ai soli fini della pronuncia di «sentenza di non luogo a procedere [...] per perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto» e, se vi è

⁹² Cfr. artt. 421-*bis* e 422 c.p.p., la cui coordinata lettura porta a ritenere possibile la sentenza di non luogo a procedere per insufficienza/contraddittorietà/inidoneità degli elementi di prova dopo l'eventuale esercizio dei poteri indiretti o diretti di integrazione probatoria. Si può qui rilevare che mentre la *messa alla prova* per gli adulti espressamente presuppone (prima ancora che positiva prognosi e idoneo programma) il solo mancato “riconoscimento” immediato della sussistenza dei presupposti della pronuncia di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p. (cfr. art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p., peraltro sulla base di elementi al limite dell'impalpabilità, soprattutto in alcune delle fasi previste dagli artt. 464-*bis*, co. 2, e 464-*ter* c.p.p.), tale rinvio non è operato dall'art. 28 *disp. min.* Se se può trarre la conclusione che al giudice dell'udienza preliminare investito della richiesta della *messa alla prova* minorile, prima della relativa decisione, è consentito l'esercizio dei poteri di integrazione probatoria e il più esteso accertamento dell'«insufficienza» della «contraddittorietà» o comunque «non idoneità» degli elementi acquisiti «a sostenere l'accusa in giudizio». Tale differenziale rilievo mi sembra ulteriormente connoti in termini deflattivi la *messa alla prova* per adulti, assenti in quella minorile, ove invece si evidenzia la ben diversamente motivata rapida “fuoriuscita dal circuito penale”, anche attraverso detto istituto, ma solo ove non sia possibile una pronuncia a norma dell'art. 425 c.p.p.: solo a tal condizione, infatti, vi può essere un incontro virtuoso tra proposte educative e processo penale, senza il pericolo di etichettamento/allargamento della rete, evidenziato dalla *criminologia critica*.

«richiesta del pubblico ministero», di «sentenza di condanna» a una pena pecuniaria o ad una sanzione sostitutiva (libertà controllata o semidetenzione): nell'attuale quadro normativo del pur travagliato art. 32 del d.P.R. 448⁹³ si può dunque far corretto ricorso alla formula «accertamento della responsabilità» quale presupposto necessario e sufficiente solo per le suindicate sentenze. Siffatto "accertamento" non è affatto richiesto invece nel caso in cui il giudice ritenga, sulla base di idoneo progetto di intervento e positiva prognosi, di disporre la sospensione del processo, su richiesta o con il consenso dell'imputato, previamente verificata l'insussistenza di prova della sua "innocenza", che, a norma dell'art. 425 c.p.p., ne imporrebbe il proscioglimento.

Si può brevemente concludere il tema con riferimento alla messa alla prova disposta nella fase dibattimentale, muovendo ancora dalla sentenza della Consulta n. 25 del 1995, che nella parte finale rileva che «spetterà alla giurisprudenza valutare se l'esi-

⁹³ Pronunciandosi sull'art. 32 *disp. min.*, la Corte cost., con sentenza n. 77 del 1993, ha esteso la possibilità di proporre «opposizione», prevista dal comma 3 in caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria o a sanzione sostitutiva, «alle ipotesi in cui la responsabilità dell'imputato è necessariamente presupposta (concessione del perdono giudiziale), ovvero è logicamente postulata (sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità)» per garantire all'imputato minorenne, anche in questi casi, «le più complete opportunità difensive connesse alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti in dibattimento». La disciplina dell'udienza preliminare minorile è stata poi modificata, alla luce del novellato art. 111, quinto comma, Cost., dalla legge n. 63 del 2001, che ha introdotto nell'art. 32 una norma che richiedeva il consenso dell'imputato per la pronuncia di tutte le sentenze di non luogo a procedere previste dall'art. 425 c.p.p., «ovvero per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto». Ma su questa nuova disposizione interveniva ancora la Consulta, con sentenza n. 195 del 2002, ritenendo imprescindibile il consenso dell'imputato «nei soli casi in cui debba pronunciarsi una sentenza di non luogo a procedere che presupponga un accertamento di responsabilità, quali segnatamente quelle di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto» (corsivo mio), «non potendo essere imposta all'imputato una decisione che presupponga una affermazione di responsabilità senza il suo consenso all'utilizzazione degli atti assunti unilateralmente dal pubblico ministero, consenso che ha il preciso significato di rinuncia all'istruzione dibattimentale», con esclusione della necessità di detto consenso per le sentenze di non luogo a procedere «nel merito con formula ampiamente liberatoria o, comunque, tale da non postulare alcun accertamento di responsabilità dell'imputato», per evitare un irragionevole sviluppo dibattimentale «assolutamente superfluo, non funzionale all'esercizio del diritto di difesa»: cfr. anche sent. Corte cost. n. 24 del 2013.

genza del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato [...] richiede, in questo caso, che la sospensione non possa intervenire nella fase predibattimentale, occorrendo, viceversa, affinché possa ritenersi adeguatamente formato quel convincimento, che il giudice tenga conto anche dell'istruzione dibattimentale». Ed è questa la posizione assunta in un recente arresto della Corte di cassazione⁹⁴, particolarmente articolato: «In questo caso, infatti, salvo il ricorrere di dichiarazioni ampiamente confessorie o la sussistenza di atti irripetibili inequivoci, la sede impone di sospendere il processo ai sensi dell'art. 28 cit. solo ad istruttoria dibattimentale esaurita». In questo momento processuale la eventuale messa alla prova «si impone» dunque dopo la ricostruzione del fatto-reato oltre ogni ragionevole dubbio, e il seppur implicito convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato ne può essere considerato un presupposto logico essenziale, ma questa messa alla prova non si configura più quale alternativa ad un etichettante giudizio, atteggiandosi, nella sostanza, ad una forma di «astensione dal pronunciare condanna» seguita da *probation*. Sicché, all'esito del dibattimento, la misura assume dunque una opaca e impropria valenza di cripto-sanzione rieducativa, seppur più mite rispetto a quella che il richiedente è indotto ad evitare, in una dimensione di pressoché inevitabile strumentale adesione e disciplinare osservanza, che gravemente ipotecano l'efficacia dei processi educativi attivabili e ancor più dei percorsi riparativi *stricto sensu*, soprattutto per il più problematico coinvolgimento della persona offesa.

9. (segue:) Il riconoscimento dei fatti essenziali.

Se la *messa alla prova* trova collocazione elettiva nell'udienza preliminare, in questo luogo della "non innocenza"⁹⁵ – tra il non

⁹⁴ Cfr. Cass., Sez. IV, 12-4-2013, P.G. in proc. C., in *Mass. Uff.*, n. 255521.

⁹⁵ Uso la 'litotica' locuzione per suggerire come il ridotto effetto stigmatizzante (che con la misura si persegue) nell'udienza preliminare possa favorire l'attivazione di processi sia educativo-responsabilizzanti, che riparativi *stricto sensu*, e, rispetto a questi ultimi, la stessa adesione della persona offesa. Giova ribadire che le probabilità di riuscita del *probation* sono inversamente proporzionali al progresso del procedimento, che viepiù allontana le persone in conflitto cristal-

proscioglimento e l'eventuale «celebrazione del giudizio» –, proprio per tal ragione vi si evidenzia il diverso complesso tema dell'atteggiamento dell'imputato rispetto ai fatti a lui addebitati e della compatibilità delle esigenze veritative postulate dall'istituto con i principi di presunzione di innocenza e del connesso *nemo tenetur se detegere*, a maggior ragione ove si ponga il tema di una possibile attività di mediazione⁹⁶.

Appare utile l'attenzione sulla giurisprudenza di merito relativa all'ammissione alla *messa alla prova*, che subito veicola posizioni interpretative contraddittorie, utile proprio per la loro iniziale polarità: l'una⁹⁷ improntata ad una lettura della *prova* quale conseguenza "logica" di un riconosciuto atto offensivo, e così «incompatibile» con la mancanza di «una confessione piena dell'imputato o, quanto meno, una sua inequivoca accettazione dell'addebito penale», presupposto invece «inconcepibile» per l'altra posizione, rigidamente ancorata al dato letterale e ai «principi costituzionali in tema di presunzione di non colpevolezza [...] e di diritto di difesa»⁹⁸.

La successiva giurisprudenza di legittimità si occupa del tema, evidenziandolo nell'ambito della prognosi di positiva evoluzione della personalità del minore, richiesta dall'art. 28 *disp. min.* quale indefettibile presupposto per la concessione della misura: l'ammissione almeno parziale del fatto (ed il positivo comportamento tenuto nei confronti della persona offesa) può assumere

lizzandole in ruoli antagonisti. E per tal evidente ragione, mentre nel *probation* giudiziale, ma soprattutto nella fase iniziale del processo, la persona offesa può ragionevolmente accettare un confronto sul "nudo" evento – ove non sia negato dal presunto «autore» –, appare improbabile che ciò possa accadere in sede di esecuzione dell'*affidamento in prova al servizio sociale*, dopo molti anni dalla commissione del reato, se non quando la pur favorevole «verità processuale» sia ritenuta dalla vittima insoddisfacente (per qualche percepito significativo verso) rispetto alla propria interpretazione del fatto, e questo "scarto" la motivi ad un confronto con il reo, anche in prospettiva di una possibile azione riparativa delle conseguenze del reato e soprattutto nei c.d. delitti di relazione.

⁹⁶ Il seguente discorso, va da sé, vale *a fortiori* per le già esaminate attività di mediazione-riparazione proponibili nel corso delle indagini preliminari in vista della pronuncia di *irrelevanza del fatto* o, quanto ai reati procedibili a querela, dell'archiviazione del procedimento.

⁹⁷ Cfr. Trib. min. Bologna, 10 settembre 1992, in *Foro Italiano*, 2/1993, 582 ss.

⁹⁸ Cfr. MAZZA GALANTI, PATRONE, *La messa alla prova nel procedimento penale minorile*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 162 s.

valore assai significativo ai fini del giudizio prognostico, che tuttavia in tale atteggiamento non può esaurirsi⁹⁹, ma deve fondarsi, in una valutazione globale, sulla base di una più ampia platea di indicatori¹⁰⁰.

Un recente arresto si distingue per un decisivo passaggio: la «confessione dell'imputato» è «un presupposto non previsto dalla legge, estraneo alla logica del *probation*; quel che serve [...] è che l'imputato, il quale chiede o condivide la scelta della prova, non neghi le evidenze fattuali, pur ridimensionando o riqualficando l'episodio, non assuma, in definitiva, il ruolo di vittima ingiustamente perseguitata»¹⁰¹. È indubbio come quest'ultima posizione, nel suo senso globale, proceda verso un più avanzato punto di

⁹⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 6-6-2008, A., in *Mass. Uff.*, n. 240825, sostanzialmente seguita dalle successive pronunce e sin troppo in linea (cfr. Cass., Sez. I, 5-3-2013, R., in *Mass. Uff.*, n. 255267), anche sul tema, con la giurisprudenza di legittimità formata con riferimento all'*affidamento in prova al servizio sociale*, che, a differenza della *messa alla prova*, presuppone un accertamento giudiziale ed è una pena, seppur meno afflittiva della detenzione e fortemente tendente alla «rieducazione». Ebbene, rispetto a questa *misura alternativa*, la Cassazione, premesso che la confessione non è richiesta dalla legge e che comunque anche il condannato con sentenza definitiva ha «il diritto di non ammettere le proprie responsabilità», ha osservato come l'eventuale «atteggiamento di negazione dell'addebito» – dipendente «dai più svariati motivi», ed anche dal fatto che il condannato sia o si creda incolpevole, nonostante l'avverso giudicato – solo «in un contesto di analisi globale della personalità» possa incidere sulla valutazione della «idoneità della misura alternativa a contribuire al reinserimento sociale del condannato ed a contenerne la pericolosità sociale». Pertanto «l'assenza di confessione» rileverà negativamente solo se, alla luce di tutte le informazioni a disposizione, indichi un «rifiuto dell'istante di prendere coscienza della gravità dell'accusa e di partecipare all'opera rieducativa». Cfr. Cass., Sez. I, 11-6-2013, Pantaleo, in *Mass. Uff.*, n. 257001; Cass., Sez. I, 5-3-2013, B.G., *ivi*, 255653; Cass., Sez. I, 8-2-2008, A.F., *ivi*, n. 240586; Cass., Sez. I, 9-4-2008, C.M., *ivi*, n. 240306; Cass., Sez. I, 28-3-2000, Romano, in *Cass. pen.*, 2001, 1016.

¹⁰⁰ Il giudizio prognostico si deve basare «sul tipo di reato commesso, sui motivi a delinquere, sulle modalità esecutive - nel senso che l'illicito non sia espressione di una scelta di vita, ma manifestazione di un disagio temporaneo dell'adolescente, il quale abbia attitudine ad orientare positivamente la propria esistenza - sui precedenti penali del reo, sull'esame del carattere e della personalità e su quanto altro sia utile per il raggiungimento di tale giudizio, nella loro dinamica evolutiva, attraverso indici ritenuti significativi in forza di affidabili massime di esperienza vagliate anche alla luce di consolidate acquisizioni delle discipline psicopedagogiche»: così, da ultimo, Cass., Sez. VI, 8-7-2014, P.G. in proc. C., in *Mass. Uff.*, n. 260462.

¹⁰¹ Cfr. Cass., Sez. IV, 12-4-2013, P.G. in proc. C., *cit.*

equilibrio tra l'inesigibilità della confessione, l'impossibilità di un previo accertamento giudiziale e la necessità di una prognosi di positiva «evoluzione della personalità», che tuttavia non può prescindere da un progetto d'intervento che sia idoneo a «provarla» logicamente muovendo proprio dalla non negazione dell'accadimento del fatto nella sua materialità, di cui l'imputato percepisca, in qualche misura, l'oggettivo disvalore sociale.

In ogni caso, «il riconoscimento dei fatti essenziali» è per la Direttiva necessario presupposto di una possibile implementazione, nel «progetto di intervento», della «prescrizione diretta a promuovere la conciliazione» dell'imputato con la persona offesa, una «condizione d'accesso» in difetto della quale non sarebbe neppure proponibile alla persona offesa una attività di mediazione¹⁰². È infatti solo in costanza di un tale atteggiamento dell'imputato che il giudice può porre il tema di una possibile prescrizione diretta alla conciliazione, sondando anche la disponibilità della persona offesa, che, se non comparsa, può essere contattata a tal fine dal centro di mediazione individuato come potenziale risorsa dal servizio sociale della giustizia che deve elaborare il «progetto di intervento». Si può ulteriormente osservare che il «riconoscimento dei fatti essenziali» non solo costituisce oggi una ineludibile «garanzia nel contesto dei servizi di giustizia riparativa», ma non se ne può prescindere in linea operativa, perché in sua assenza le possibilità di dar inizio ad una attività di mediazione sarebbero nulle o, tutt'al più, limitate dal prevedibile rifiuto da parte della persona offesa¹⁰³.

¹⁰² Se però, almeno in via per così dire automatica, è pacifico che la negazione dell'addebito non rileva ai fini dell'ammissione della *messa alla prova*, ove però si traduca nella negazione anche del "nudo" fatto, potrebbe essere di impedimento, pur in assenza di altri elementi di segno negativo, ad un giudizio di idoneità della misura a contribuire alla evoluzione della personalità dell'imputato minore (meglio, alla responsabilizzazione rispetto all'"agito") attraverso una prescrizione riparativa ritenibile a tal fine essenziale nel caso concreto, nondimeno per far sì che la predetta prognosi poi si inveri concretamente, non solo per meri meccanismi di coazione indiretta: si pensi ancora alla fenomenologia dei c.d. delitti di relazione.

¹⁰³ In questo senso A. Ceretti e C. Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e ONU*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 772-776, a proposito della pressoché coincidente espressione della Racc. (99)19 («*faits principaux de l'affaire/basic facts of the case*»).

Inoltre, solo se la Direttiva avesse richiesto un'*ammissione di colpevolezza* in ordine al reato contestato, si sarebbe potuta muovere l'obiezione garantistica di un'accusa e di un giudizio condizionati da una sorta di presunzione di colpevolezza nell'ipotesi di prosieguo del procedimento dopo una attività di mediazione fallita. Ma la Direttiva, oltre ad enunciare la ben diversa espressione in esame, afferma che il diritto della «vittima» a «garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa» deve comunque far «salva la presunzione d'innocenza» (*considerando* n. 12). Ed una ulteriore modalità di salvaguardia di tale principio viene individuata dalla Raccomandazione n° R(99)19 cit. con la previsione dell'inutilizzabilità della partecipazione alla «mediazione» (*rectius*, dopo la Direttiva: «procedimento di giustizia riparativa») come prova dell'«ammissione della colpevolezza [*admission de culpabilité/ admission of guilt*]» nell'eventuale ulteriore corso di giustizia. Il principio può essere ulteriormente rafforzato ove il giudice si limiti a verificare l'atteggiamento non "negazionista" dell'imputato e sulla base di questo proceda alla acquisizione anche del consenso della persona offesa, rinviando ai «riservati» colloqui preliminari dell'imputato con il mediatore un più approfondito accertamento della «condizione» in esame all'insegna del maggior rispetto della persona offesa richiesto dalla Direttiva. Peraltro, ove l'imputato in tale contesto *sub secreto*¹⁰⁴ possa e voglia spingersi oltre il «riconoscimento dei fatti essenziali», ciò potrebbe determinare una maggiore disponibilità della persona offesa ad aderire al «procedimento di giustizia riparativa» e senza alcun pregiudizievole transito di tale più aperto atteggiamento dalla «stanza» del mediatore all'aula del tribunale.

Si può infine valorizzare la equilibrata formula usata dalla Direttiva anche ricorrendo alle precisazioni di uno dei più noti

¹⁰⁴ Cfr. l'art. 2 della Racc. (99)19, che, all'art. 32, enuncia un fondamentale corollario del principio di riservatezza (ribadito dalla Direttiva: art 12, lett. e): «il mediatore dovrebbe riferire alle autorità giudiziarie circa le misure adottate e l'esito della mediazione. La relazione del mediatore non dovrebbe rivelare il contenuto delle sessioni di mediazione, né esprimere alcun parere in merito alla condotta delle parti nella circostanza». Conseguente il 4° co. del succitato art. 29, d.lgs. 2000, n. 274 sulle competenze penali del giudice di pace, che fa divieto assoluto di utilizzabilità «ai fini della deliberazione delle dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione».

logici contemporanei¹⁰⁵: «due persone possono essere in disaccordo sul fatto che sia o no accaduto qualcosa» («disaccordo nella credenza») e «d'altra parte [...] possono essere d'accordo sul fatto che un dato evento si sia effettivamente verificato [...] eppure assumere atteggiamenti profondamente diversi – o addirittura opposti – nei confronti dell'evento stesso», manifestando così «una divergenza di opinione circa la valutazione dell'evento in questione» («disaccordo nell'atteggiamento»). Ebbene, è sulla base di un «accordo nella credenza», ovvero quando la narrazione della persona offesa possa almeno convergere sui «fatti essenziali del caso» riconosciuti dall'«autore del reato», che un «servizio di giustizia riparativa» può tentare di aiutare le parti ad affrontare il «disaccordo nell'atteggiamento».

Ricapitolando, con riferimento alla combinatoria dei possibili atteggiamenti dell'imputato. Nel caso in cui l'imputato si dichiari totalmente estraneo al fatto contestatogli, questa protesta di innocenza indubbiamente stride con una contestuale richiesta di messa alla prova: in tale ipotesi sembrerebbe esservi sensata risposta educativa, anzitutto rispettosa della dignità della persona, solo nell'«accertamento della verità», se non sono possibili

¹⁰⁵ Cfr. I. M. COPI, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1964, 54-60 e 116 ss. Sul punto, anche con rinvio al predetto Autore, G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in *Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di G. MANNOZZI, Milano, 2004, 38-43, che, premesso come nella mediazione non sia «ovviamente in discussione la definizione penalistica del conflitto» e neppure «il fatto», da cui, «almeno nel suo nucleo oggettivo essenziale», «normalmente [...] la mediazione prende le mosse», conclude che «il conflitto che nasce da un disaccordo sull'atteggiamento rispetto ad un fatto è il campo di elezione della mediazione», che lavora anche «sulla percezione dei fatti». Nello stesso senso, G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale* (2005), in Id., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, 101, che distingue tra la «ricostruzione del fatto in tutte le sue componenti oggettive e soggettive penalmente rilevanti (ciò che si discute in sede di processo penale) e diverso atteggiamento delle persone coinvolte riguardo alla valutazione della condotta da loro tenuta (ciò che costituisce il punto di partenza della mediazione)», ricorrendo, per esemplificare, «ai reati in materia di violenza sessuale, dove molti episodi nascono da "difficoltà nella comunicazione, verbale e non, tra due soggetti e da possibili errori nella decodificazione dei messaggi tra gli stessi, soprattutto se appartenenti a generi diversi"».

immediati epiloghi alternativi¹⁰⁶. Ma ove sia egualmente disposta, sulla base di altri elementi convergenti su una prognosi favorevole, l'atteggiamento "negazionistico" preclude al giudice di impartire una prescrizione diretta «a promuovere la conciliazione [...] con la persona offesa dal reato». Per contro, il «riconoscimento dei fatti essenziali» è non solo uno degli elementi più significativi su cui fondare la prognosi favorevole ai fini dell'ammissione alla messa alla prova, ma anche una delle condizioni necessarie per l'invio ad una attività di mediazione. Più sfumata, ma assimilabile alla prima, è l'ipotesi in cui l'imputato chieda di esser messo alla *prova*, ma eserciti il diritto al silenzio: in tal caso, se la *taciturnitas* priva il giudice di un importante elemento di valutazione prognostica in ordine ad una avviata riflessione critica sull'accaduto, può tuttavia essere interpretata, nel caso concreto, come determinata da meccanismi difensivi generati da accuse particolarmente disonorevoli, o per codici sociali o così vissute per particolari condizioni personali/familiari, e pertanto ritenuta recessiva rispetto ad altri indicatori di segno positivo. Quel che è certo è che, anche in questo caso, il giudice può imporre una prescrizione diretta «a riparare le conseguenze del reato», ma non «a promuovere la conciliazione del minorenni con la persona offesa dal reato», per difetto della esaminata condizione.

In conclusione, l'imputato può ma non deve necessariamente mentire o tacere, tantomeno se si pone il tema di un possibile «procedimento di giustizia riparativa» in uno scenario di *giustizia*

¹⁰⁶ Quale ultimo spunto comparativo con l'*affidamento in prova al servizio sociale*, si può rilevare come, seppur ostativa ad un percorso di «riflessione» sulle «condotte antigiuridiche poste in essere» (previsto dall'esaminato art. 27 reg. penit. e inquadrato nell'«osservazione della personalità» sulla base dei cui risultati sono formulate «indicazioni in merito al trattamento rieducativo») e, ove possibile, di (conseguente) «procedimento di giustizia riparativa» per come l'intende la Direttiva, dalla sola mancata ammissione d'ogni addebito non possano derivare all'interessato conseguenze negative diverse dal rifiuto di una qualsiasi altra offerta di trattamento rieducativo: è inviolabile il diritto di ogni uomo di essere se stesso e di rimanere tale, subendo la pena inflittagli o facendo richiesta di misure meno esigenti. Per converso, da una ammissione almeno dei fatti essenziali sottesi alla condanna, dalla «riflessione» sugli stessi e, ove possibile, dall'azione riparativa che correttamente la corrobora, non può che trarsi un positivo elemento di valutazione, come nel caso di adesione ad ogni altra offerta trattamentale.

*mite*¹⁰⁷ quale in particolare quello in esame, che può funzionare solo se l'accusato, non incistato nel pur legittimo gioco difensivo, possa e voglia riconoscere almeno «i fatti essenziali», e la persona offesa sia disponibile ad accogliere tale «riconoscimento» come base per un riservato confronto costruttivo e, ove possibile, riconciliativo: tutto il percorso parte necessariamente da questa promossa, iniziale disponibilità reciproca.

¹⁰⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 11 e ss.

