

Mediazione ed esecuzione: uno strumento per la rieducazione del condannato?
Mediation and Prison Law: an instrument of rehabilitation?

Relazione al Convegno

“*La vittima nel ‘nuovo mondo’ della mediazione penale*”

(Rovigo, 25 maggio 2018)

Avv. Francesco Trapella

SOMMARIO – 1. Un presente confuso e un futuro incerto; 2. *Guidelines* per una mediazione effettiva: tutela dei diritti non patrimoniali della persona offesa ed esaltazione della dialettica *inter partes*; 3. La principale difficoltà: individuare il mediatore; 3.1. I soggetti (im)possibili: giudice, u.e.p.e. e personale penitenziario; 4. *De iure condendo*: inventare la figura del mediatore penale.

1. Un presente confuso e un futuro incerto.

Chi voglia indagare i rapporti tra mediazione penale e diritto penitenziario deve necessariamente partire dalla norma che regola la più diffusa tra le misure alternative – l’affidamento in prova al servizio sociale – allorché inserisce, tra le prescrizioni imposte all’interessato, che costui «si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato» (art. 47, comma 7, ord. penit.).

Approfondisce il tema l’art. 1, comma 85, lett. *f*), l. 23 giugno 2017, n. 103, che invita il Governo ad elaborare la riforma penitenziaria (anche) attorno alla «previsione di attività riparativa». Gli faceva eco il Progetto del 15 gennaio 2018 (Atto del Governo n. 501) che, all’art. 14, comma 1, si prefiggeva l’abrogazione dell’art. 47, comma 7, ord. penit. e la modifica del precedente comma 5, mediante una serie di punti, tra cui il *g*) – riferito all’esigenza che l’interessato si adoperi «anche attraverso l’assunzione di specifici impegni, a elidere o attenuare le conseguenze del reato» – e l’*h*), che chiamava il condannato ad «adoperarsi in quanto possibile in favore della vittima».

Le sorti della riforma sono note ai più: bloccata sul finire dell’inverno per timori pre-elettorali, il suo testo muoveva in direzione opposta alle prime avvisaglie che, in punto di esecuzione penale, traspaiono dal contratto di governo siglato dalle due attuali forze di maggioranza. Si parla, oggi, di un ritorno al carcere come risposta al bisogno di sicurezza della cittadinanza, aprendo, perciò, la strada a soluzioni antitetiche rispetto a quelle preconizzate dalla cd. legge Orlando.

Per parte europea l’invito è, invece, di implementare il ricorso alla *restorative justice*. Secondo l’art. 9 della Raccomandazione R(2017)3 del 22 marzo 2017, «ogni volta che le sanzioni e le misure di comunità comportano il contatto con le vittime, i loro diritti devono essere rispettati in conformità agli *standard* etici accettati a livello internazionale in questo settore»; in base all’art. 10, «nei casi appropriati, e tenendo debitamente conto dei diritti e delle necessità delle vittime di reati, gli autori di reato dovrebbero essere abilitati ed incoraggiati a riparare i loro reati alle vittime o alla comunità».

Non è ancora chiaro se e in che modo la nuova compagine governativa darà seguito ai moniti unionisti, peraltro già espressi dalla l. n. 103 del 2017 nelle parti più sopra esaminate; ugualmente, non è dato sapere se vi sarà una marcia indietro, di

ritorno, cioè, all'idea della pena come momento afflittivo più che nei termini di un percorso rieducativo e di reinserimento che transiti (anche) per il riavvicinamento alla persona offesa.

2. *Guidelines per una mediazione effettiva: tutela dei diritti (anche non patrimoniali) della persona offesa ed esaltazione della dialettica *inter partes*.*

L'assenza di spazi per formulare previsioni attendibili lascia immutato un interrogativo che si propone con forza ogni volta in cui si voglia parlare di mediazione penale *in executivis*. Con altre parole, se è ben definita la fisionomia del mediatore nell'ambito di vertenze civilistiche, non può dirsi altrettanto nel settore penale, laddove, cioè, si incrociano interessi di varia natura, che trascendono l'ambito puramente patrimoniale per comprendere tutte le posizioni che tipicamente caratterizzano la quotidiana esistenza dell'individuo.

L'oggetto della mediazione penale, allora, non può ridursi ad un accordo sul *quantum* da versare alle tasche della persona offesa: in ciò – si crede – va registrato il ritardo del nostro Paese rispetto ad altre esperienze giuridiche che contemplano la vittima del reato come centro di diritti *tra cui* – e, dunque, *non solo* – si contano quelli al risarcimento e alla restituzione.

Per altro verso, il percorso di mediazione che si volesse realizzare risente in modo inevitabile del carattere più tipico dei giudizi sulle modalità applicative della pena – e, cioè, della giurisdizione di sorveglianza –, ossia l'essere momenti di confronto sulle variegate evenienze che colpiscono l'essere umano, all'interno o al di fuori del carcere.

Sotto quest'ultimo aspetto, la censura che va rivolta alla struttura del procedimento di sorveglianza – sulla quale nemmeno la riforma Orlando si propone di intervenire – è la carenza di spazi per un confronto tra le parti e il giudice, che sia informato ai criteri dell'oralità e dell'immediatezza che, invece, sono noti al giudizio di cognizione. E, se questa è la critica, ogni dubbio sul punto andrebbe sciolto, *de iure condendo*, attraverso l'esaltazione del contraddittorio *in executivis*, aumentando, cioè, gli ambiti per la dialettica *inter partes* al di là delle ristrettezze tipiche del procedimento in camera di consiglio.

Ferme queste riflessioni, se le si fa valere per il procedimento di sorveglianza, il medesimo approdo va raggiunto qualora in esso si innestassero momenti di mediazione tra l'interessato e la persona offesa. Altrimenti detto, il contraddittorio – inteso qui come strumento di effettività delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti nel percorso riconciliativo – va esaltato ed apprezzato nei termini di un obbligo per il mediatore, che saprà reperire un punto di intesa tra le parti solo stimolandone il dialogo, e al di là di procedure cartolari o di formalismi che non avrebbero ragione di esistere in un contesto del genere.

I caratteri oggettivi di una possibile mediazione *in executivis* sono, allora, quelli riconducibili all'*audiatur et altera pars*, e possono esplicitarsi concretamente solo a patto di una duplice presa di coscienza: da un lato, va disatteso l'assunto per cui il diritto da tutelare nella persona offesa è solo quello (di natura patrimoniale) al risarcimento del

danno patito e/o alle restituzioni; d'altra parte, occorre prendere atto delle carenze contraddittoriali nel procedimento di sorveglianza – ciò su cui comunque la riforma non interviene – ed evitare che esse si ripetano nell'(ancora) ipotetico *iter* di mediazione/riconciliazione tra l'interessato e la vittima.

3. La principale difficoltà: individuare il mediatore.

Rimane da sciogliere un ultimo interrogativo – forse quello più complesso – su chi, cioè, possa giocare il ruolo di mediatore in un momento ispirato ai principi già descritti nel precedente paragrafo.

Occorre anzitutto comprendere se a farlo possa essere uno dei soggetti già attivi nel procedimento di sorveglianza, in base alla vigente fisionomia di quel giudizio, oppure una figura nuova, da crearsi proprio in ragione dell'esigenza di contemplare, nel percorso rieducativo dell'interessato, un ambito di avvicinamento alla persona offesa.

Si proceda esaminando la prima ipotesi.

Esclusi l'interessato e la persona offesa, le figure coinvolte *in executivis* sono:

- il giudice della sorveglianza;
- il pubblico ministero;
- i difensori;
- l'ufficio esecuzione penale esterna;
- il personale della struttura penitenziaria, in caso di permanenza in carcere.

Fin da questo momento iniziale dell'analisi, vanno esclusi i difensori e il pubblico ministero.

I primi rappresentano l'interesse dei propri assistiti – qui, ragionevolmente, l'interessato e la persona offesa – e, quindi, le posizioni rispetto alle quali va individuato un punto d'accordo: già per sola definizione letterale, poi, la mediazione è atto che impone un soggetto terzo circa le parti, che sappia individuare un punto d'intesa tra di esse, secondo imparzialità.

Al pubblico ministero l'ordinamento attribuisce una funzione diversa nel segmento esecutivo: egli è *dominus*, ancora una volta, dell'azione, nel senso che è con un suo atto d'impulso che prende il via l'applicazione della pena. Egli, poi, è chiamato all'intervento ogni volta in cui occorra variare il preesistente percorso sanzionatorio, vuoi per istanze dell'interessato, vuoi per il verificarsi di situazioni che impongono una modifica nelle modalità di irrogazione del trattamento. Un ruolo del genere – ben si capisce – mal si concilia con quello del mediatore, visto l'interesse evidentemente incarnato dal pubblico ministero, che – al pari di quel che accade nella fase cognitiva – è di natura pubblicistica.

Proprio sotto quest'ultimo aspetto, è senz'altro inappagante la considerazione di chi rilevi come il reato offenda *in primis* lo Stato e come, quindi, ogni percorso di mediazione vada condotto dapprima tra l'interessato e la parte pubblica. Anche accogliendo l'assunto – si ripete: semplicistico – il pubblico ministero finirebbe per essere coinvolto nella mediazione come parte e non certo come terzo. Per altro verso, l'esegesi delle norme – di diritto interno ed europeo – che si occupano del tema parlano

expressis verbis di vittima del reato, così portando quello in argomento a momento di confronto tra privati coinvolti in una vicenda penale: sovrapporre ad essi la figura del pubblico ministero è impensabile.

3.1. I soggetti (im)possibili: giudice, u.e.p.e. e personale penitenziario.

Rimangono tra i soggetti dell'esecuzione il giudice della sorveglianza, l'ufficio esecuzione penale esterna e, in caso di permanenza in carcere, il personale della struttura penitenziaria: occorre comprendere se v'è qualcuno tra essi che può espletare le funzioni di mediatore.

Cogliendo il dato per cui chi media si pone in condizione di imparzialità rispetto alle parti, si potrebbe scorgere un punto di contatto tra la figura del giudice e l'altra, che in questo contributo si intende esaminare.

A confutare quella che, solo *prima facie*, appare una soluzione condivisibile v'è il dato che, nel nostro ordinamento, si contempla la mediazione *in executivis* nei termini di una componente del programma di recupero e risocializzazione dell'interessato. Con un maggiore grado di precisione, l'avvicinamento della vittima e del suo offensore è parte del trattamento a quest'ultimo imposto, e senz'altro la definizione dei suoi contenuti è compito che non può essere affidato al giudice.

Negare un tale assunto significherebbe gravare il giudice della sorveglianza dell'onere di elaborare i programmi per chi acceda alla misura alternativa, con evidente *interpretatio abrogans* delle regole di ordinamento penitenziario e del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 che attribuiscono il compito dell'osservazione della persona e dell'elaborazione di strategie di assistenza e recupero al servizio sociale e, per i detenuti, al gruppo di esperti presieduto dal direttore dell'istituto, nelle forme degli artt. 28 e 29 d.p.r. n. 230 del 2000.

A queste considerazioni fa, poi, sfondo l'impossibilità di attribuire un significato univoco al termine *probation* nell'ordinamento nostrano: lemma di uso ormai comune, esso si confonde nel *mare magnum* di misure alternative – *rectius*: sanzioni di comunità, per usare una locuzione europeisticamente orientata – e benefici comunque concedibili all'interessato che dia prova di un avviato cammino di risocializzazione. Rispetto al paradigma anglosassone o statunitense di *probation*, infatti, non c'è un unico corrispondente nel diritto penitenziario italiano, sicché, almeno per ora, è senz'altro improprio tradurre il termine *de quo* come “affidamento in prova al servizio sociale”, ed è parimenti possibile individuare tratti caratteristici della *probation* in altri istituti del nostro ordinamento.

La premessa si rende necessaria, vista l'esigenza di scorgere caratteri comuni tra le diverse forme di fuga dalla sanzione carceraria note al diritto nostrano. Ebbene, uno di essi è proprio l'attitudine del giudice ad essere il ricettore delle informazioni sul recupero dell'interessato, provenienti dal servizio sociale, dagli esperti, dal personale penitenziario o da qualunque autorità sia coinvolta nell'attività di osservazione. Per vero, un tale assetto ricalca in modo perfetto la fisionomia del giudice che, *in executivis*, può acquisire *ex officio* gli elementi utili al decidere e che è descritta dall'art. 666,

comma 5, c.p.p., applicabile nel contesto ora in esame per l'effetto del richiamo contenuto nell'art. 678, comma 1, c.p.p.. Logica discutibile – si torna, così, sul tema delle carenze contraddittoriali, poco più sopra esaminato –, essa non viene scalfita nemmeno dalla l. n. 103 del 2017, né era prevista una variazione sul tema per l'effetto del Progetto del 15 gennaio 2018.

Ne deriva, allora, che, al di là del comune denominatore dell'imparzialità, non v'è altra analogia tra il giudice e il mediatore.

L'attenzione si sposta sull'ufficio esecuzione penale esterna e sul personale dell'istituto penitenziario: figure, queste, che l'art. 1, comma 85, l. n. 103 del 2017 si propone di valorizzare proprio nell'attività di sorveglianza dell'interessato.

Si fa, in realtà, un uso un po' troppo disinvolto dei termini riferibili a questi soggetti: per tutti, la lettera *d*) auspica l'«integrazione delle previsioni sugli interventi degli uffici dell'esecuzione penale esterna» e la «previsione di misure per rendere più efficace il sistema dei controlli, anche mediante il coinvolgimento della polizia penitenziaria». A tacere del fatto che sembra quanto meno incongruo accompagnare tali proclami alla clausola di invarianza finanziaria, così ponendosi l'onnipresente problema dell'approvvigionamento delle risorse necessarie a realizzare gli obiettivi, l'articolato avrebbe potuto attardarsi sulla nozione di controllo e sul modo in cui l'attuale normativa che regola gli uffici di esecuzione penale esterna andrebbe integrata.

Sembra necessario mantenere ben salda la distinzione tra le due funzioni, tradizionalmente rinvenibili nell'essere il servizio sociale un soggetto di supporto al recupero dell'interessato e nell'espletare la polizia penitenziaria comunque funzioni ascrivibili al *genus* di quelle elencate all'art. 55 c.p.p.. Non certo casuale, il richiamo a quest'ultima norma è riferibile al compito di ordine che grava su quelle forze, che ne esclude *a priori* la possibile metamorfosi in un organo di mediazione.

Per parte sua, l'ufficio esecuzione penale esterna – al pari dei soggetti, interni al carcere e abilitati al contatto con il condannato – non può occuparsi dell'avvicinamento di vittima e offensore: si tratta di entità cui l'ordinamento attribuisce, sì, un ruolo nel predisporre il programma di trattamento o nel guidare/sorvegliare il percorso di risocializzazione dell'interessato; costoro, però, agiscono in funzione di aiuto di quel soggetto: lo controllano e – si legga, ad esempio, l'art. 47, comma 9, ord. penit. – «lo aiuta[no] a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale».

Uguualmente, né gli artt. 28 e 29 d.p.r. n. 380 del 2000, né l'art. 13 ord. penit. conferiscono al personale carcerario un ruolo di interlocuzione con la persona offesa, essendo, invece, la sua azione tutta concentrata – ancora una volta – sulle esigenze dell'interessato, dal momento del suo ingresso in istituto alla sua dimissione.

L'esame delle fonti che descrivono i compiti dei soggetti coinvolti nell'esecuzione della pena consente, allora, di comprendere in modo agevole come a nessuno di essi possano attribuirsi le funzioni del mediatore, proprio perché altra è la loro fisionomia rispetto al bisogno di individuare un punto mediano tra la persona offesa e l'interessato, di sicura utilità (anche) per la definizione del programma di trattamento e

per avverare, nel nostro Paese, una *probation* vera, al di là degli anglicismi che, di tanto in tanto, riempiono i proclami di questa o di quella parte politica.

4. *De iure condendo*: inventare la figura del mediatore penale.

Non resta che una soluzione: inventare *ex novo* la figura del mediatore penale, ed è questa una prospettiva tanto suggestiva quanto ardua.

In prima battuta, occorre fare chiarezza sulla fisionomia del soggetto, che deve essere uno capace di favorire l'incontro tra l'interessato e la persona offesa, e di conciliare, perciò, le due irrinunciabili esigenze della rieducazione del primo e della tutela dei diritti della seconda.

Ci si trova, infatti, in fase esecutiva, sicché l'accertamento del fatto-reato va inteso quale presupposto su cui avviare entrambi gli interventi: collante tra di essi dovrà essere proprio il mediatore.

Posta la definizione, bisogna chiarirsi: l'azione di questo nuovo soggetto sarà possibile – e, forse, avrà un senso – solo qualora tanto la persona offesa, quanto l'interessato accetteranno di partecipare al programma – diremmo – di avvicinamento.

Ogni forma di recupero – si crede – ha una possibilità di successo solo se chi vi è coinvolto la accetta; diversamente, si tradurrebbe in un'intrusione nel proprio privato, pregiudizievole per ambo le finalità che la mediazione si prefigge.

Ciò detto, il mediatore dovrebbe relazionarsi con costanza al servizio sociale e, più in generale, ai soggetti dell'osservazione del condannato. Sul piano tecnico, infatti, dovrebbe darsi all'interessato la possibilità di chiedere e di accedere alla mediazione: questa diverrebbe, così, parte del programma di trattamento, e per conoscere di eventuali progressi nel rapporto tra offeso ed offensore diverrebbe indispensabile il legame stretto tra il mediatore e gli osservatori, di cui poc'anzi si diceva.

Ovviamente, il materiale prodotto dal mediatore andrebbe a costituire elemento positivo, offerto agli osservatori per le valutazioni da inserire sia nella cartella personale del detenuto, sia negli scritti destinati al giudice della sorveglianza.

Una figura così delineata ad oggi non esiste: si è ben consapevoli di muovere in uno spazio fantagiuridico, tuttavia, l'auspicio è che attraverso di essa possano avverarsi le raccomandazioni del normatore eurounitario e le (invero poche) regole che, per parte italiana, fanno un richiamo più o meno esplicito proprio alla mediazione *in executivis*.

Per realizzare l'obiettivo occorrerà spendere energie anche nella formazione di questa classe di operatori, coniugando basi giuridiche (di diritto e procedura penale, diritto penitenziario e procedura penale europea, almeno nell'ottica della comparazione con altri sistemi giuridici e dell'analisi delle regole unioniste *in subiecta materia*), mediche (almeno di psicologia, di psichiatria e di psicoanalisi) e di scienze del servizio sociale. Sulle basi andrebbe, poi, costruito un percorso di approfondimento dedito alla criminologia, alla vittimologia, indulgendo, altresì, in ambiti noti all'esperienza straniera più che alla nostra, come quelli che esaminano le tecniche di dialogo, di persuasione e, in linea più generale, di comunicazione. Da lì, poi, sarebbe possibile virare su temi ancora più specifici, quali la metodologia delle procedure di mediazione,

le tecniche di risoluzione del conflitto, oltre all'esame delle regole, anche deontologiche, che governerebbero l'operato del mediatore penale.

Il tema della formazione è di capitale importanza: si nota, infatti, l'assenza di un percorso – che, in modo auspicabile, potrebbe avviarsi già negli studi universitari – che sappia coniugare i saperi testé elencati nel modo che si propone, senza, cioè, la pretesa di creare una nuova figura di giurista e con la consapevolezza che il mediatore penale giocherebbe un ruolo diverso da quello oggi proprio dell'assistente sociale o dell'esperto interno al carcere.