

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA DALLA PROSPETTIVA DELL'AVVOCATO

di Luca Bisori

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le *relazioni pericolose* tra cognizione penale e giustizia riparativa. – 3. L'art. 129 bis c.p.p.: il potere di invio d'ufficio delle parti al Centro di giustizia riparativa. – 4. La relazione. – 5. Il ruolo (anzi l'assenza) del difensore in sede riparativa.

1. Premessa.

Apro queste mie riflessioni da avvocato sulla *giustizia riparativa* muovendo dal tema della *alterità* tra i paradigmi di questa e quelli della giustizia tradizionale.

Una alterità/diversità che non dovrebbe farsi contrapposizione, e che non lascia alcuna perplessità, nell'avvocato, riguardo alla radicale diversità dei meccanismi di ricomposizione della frattura generata dal fatto illecito.

Nessuna perplessità nutro neppure a proposito della possibilità che, in contesti determinati e peculiarmente connotati, la giustizia riparativa *si sostituisca* per intero alla giustizia tradizionale; l'esempio dell'esperienza canadese diffusamente illustrata in altre relazioni, anche a volerne parlare in termini meramente utilitaristici, attesta una spiccata 'funzionalità' della giustizia riparativa rispetto alle esigenze dei consociati, suscettibile di sviluppi e adattamenti che non possono essere trascurati, e debbono essere invece sondati con intelligente disponibilità di principio.

D'altra parte, nel nostro ordinamento un esempio di successo – per quanto assolutamente imperfetto e solo impropriamente associato alla giustizia riparativa in senso stretto – di paradigmi 'altri' dall'accertamento del fatto in funzione della irrogazione di una sanzione, è dato dall'istituto della *messa alla prova per gli adulti*: un successo certamente preterintenzionale, per così dire, giacché il legislatore aveva in animo solo di produrre robusti effetti deflattivi, eppure la prassi testimonia con numeri non equivocabili quanto quel meccanismo, certamente perfettibile, sia idoneo a rispondere ad una pragmatica domanda di giustizia, senza pretermissione delle funzioni della norma penale, e con tendenziale soddisfazione della persona offesa dal reato.

Ancora, nessuna perplessità credo possa nutrirsi rispetto alla utilità della giustizia riparativa pur quando essa non possa sostituirsi alla giustizia (ed alla *pena*) tradizionale: il processo penale è sì funzionale all'accertamento di una responsabilità in vista della irrogazione di una sanzione, ma la sanzione deve rispondere alle funzioni sue proprie, ed il percorso (nonché l'esito) riparativo non può non avere riflessi rilevanti sul *bisogno di pena*. Sarebbe peraltro miope lasciare questo tema, per intero, alla sola fase esecutiva e di sorveglianza: per quanto sia aspetto negletto e anche vagamente osteggiato (si pensi alle prassi talora mortificanti in punto di motivazione), i fatti che orientano la decisione

sulla pena fanno parte a pieno titolo della *cognizione*, come attestato dal loro richiamo esplicito tra gli oggetti della prova da parte dell'art. 187 c.p.p. ("*sono oggetto della prova i fatti che si riferiscono ... alla determinazione della pena*").

2. Le relazioni pericolose tra cognizione penale e giustizia riparativa.

Il tema autenticamente critico della giustizia riparativa attiene però – e quest'ultima notazione lo rende plasticamente evidente – all'*innesto* dei suoi istituti, e delle cadenze procedurali del percorso riparativo, nel processo penale: riguarda cioè quella *interlocuzione formale* tra i due mondi, quelle *finestre di giurisdizione sulla riparazione* (per parafrasare un'espressione adoperata spesso in altro contesto) *in costanza di processo* di cognizione, per come disegnate dalla legge Cartabia, soprattutto se costruite su presupposti diversi dalla piena e non coercibile *spontaneità* (non mera *volontarietà*) nell'accesso al percorso riparativo.

I pericoli, assai concreti, mi paiono di due generi diversi, per quanto contermini. Il primo e più frequentemente evocato, è il pericolo di *contaminazione del libero convincimento del giudice*. Ma ve n'è un altro, meno evidente, forse più subdolo, ed è il pericolo di *strumentalizzazione della giustizia riparativa a fini deflattivi e/o di semplificazione nell'accertamento* della responsabilità: riguardato sotto questo secondo aspetto, si tratta di un rischio concettualmente vicino a quello dell'influenza indebita sul libero convincimento del giudice

In premessa di fatto, entrambi i pericoli muovono dal timore che il giudice eserciti pressioni indebite sull'imputato perché acceda alla giustizia riparativa. Si obietta però che, considerati i modesti effetti deflattivi espressi della giustizia riparativa sulla *punibilità* del reato (in sostanza, la sola ipotesi in cui l'esito positivo comporta una remissione tacita di querela), e dunque sulla possibilità che il processo divenga inutile, così come la sostanziale irrilevanza degli istituti di giustizia riparativa sulle cadenze temporali del processo (che non si arresta, se non per le ipotesi procedibili a querela: art. 129 *bis*, comma 4 c.p.p.), questi timori sarebbero concretamente infondati. Si tratta però di una lettura un poco riduttiva, se valutata nella prospettiva del pratico; per più ragioni.

Anzitutto, anche i procedimenti per reati procedibili a querela sono spesso fastidiosissimi sul piano processuale: pensiamo ad un campo elettivo proprio della giustizia riparativa quale lo *stalking condominiale* o il *mobbing* in ambito lavorativo esitato in denunce per lesioni, in cui possono aversi dibattimenti molto complessi e con istruttorie lunghissime, che l'A.G. può avere interesse a disinnescare mediante il ricorso agli strumenti della giustizia riparativa per fini anche, se non esclusivamente, deflattivi, così strumentalizzandola. In tale prospettiva, peraltro, si determinerebbe altresì l'insorgere di quel pericolo di inquinamento del sereno giudizio del giudice di cui si è detto, poiché il giudicante, interessato a far sì che il processo che gli si propone trovi una soluzione non giudiziale, può risultare poi infastidito vuoi dal mancato accesso al percorso suggerito, vuoi dalla mancata soluzione positiva dello stesso per effetto del comportamento dell'imputato.

Non va poi dimenticato un diverso profilo, quello dell'effetto deflattivo *in concreto* che può generarsi a valle di un *accertamento altrove* della responsabilità dell'imputato (ad esempio per effetto di un riconoscimento sostanzialmente confessorio della propria responsabilità dinanzi al mediatore): un effetto che appare di per sé idoneo a condurre poi ad una sicura semplificazione dell'accertamento processuale, perché l'imputato confesso è naturalmente più incline ad accedere ai riti alternativi, deflattivi per definizione. Si ricordi, a questo proposito, che la possibilità di procedere in ogni stato e grado all'invio dell'imputato al percorso di giustizia riparativa consente di farvi ricorso anche al *giudice delle decadenze* dai riti, cioè il giudice dell'udienza preliminare o dell'udienza predibattimentale.

Quest'ultimo tema (la strumentalizzazione della giustizia riparativa a fini di semplificazione dell'accertamento del fatto) si intreccia con quello del potenziale pregiudizio che può formarsi nel giudice a valle della *risposta* dell'imputato all'invio alla giustizia riparativa: è il tema della *contaminazione del libero convincimento*.

Occorre misurarsi, a questo proposito, con l'obiezione secondo cui *già oggi*, a legislazione vigente *ante* giustizia riparativa, sono numerose e in qualche misura fisiologiche le occasioni in cui il libero convincimento del giudice può essere in qualche misura influenzato dal comportamento dell'imputato, così come da altri fattori persino più significativi: si pensi al giudice del dibattimento che si vede dinanzi un imputato cautelato, attinto perciò da *gravi indizi di colpevolezza*, della cui libertà può essere chiamato a decidere incidentalmente conoscendo un compendio di elementi d'indagine che non si sono formati in dibattimento.

L'obiezione è suggestiva, ma prova troppo. L'imparzialità e la 'serenità' (se non la *cd. verginità*) cognitiva del giudice sono valori immanenti e nevralgici del processo accusatorio, giacché non si spiegherebbero altrimenti: le regole che presiedono alle incompatibilità per il giudice che abbia in qualche modo conosciuto della vicenda processuale in fasi antecedenti al giudizio; il divieto di conoscibilità degli atti d'indagine; la doverosa *espunzione* (persino) *fisica* di atti e documenti, dal fascicolo del giudice, quando questi non possano essere utilizzati.

Possono pertanto ben darsi, nel sistema, occasioni ineliminabili di contaminazione: ma occorre che si tratti di ipotesi non altrimenti gestibili sul piano processuale, e non si deve indulgere alla non necessaria moltiplicazione di quelle occasioni.

Né può accogliersi l'invito – semplicemente – a *fidarsi* del giudice, della sua capacità di *non farsi influenzare* (in ragione della sua levatura professionale, morale, personale etc.): una prospettiva che appare contraria alla stessa logica profonda delle *garanzie* ed incline piuttosto ad una idea della giustizia penale che è ben compendiata nell'espressione (acutamente coniata da Domenico Pulitanò) di *autoritarismo ben intenzionato*. Le regole di garanzia sono esattamente pensate *per non fidarsi*, cioè per non dover affidare alla buona volontà o alla buona inenzione degli operatori, l'oggettivo rispetto dei canoni del processo liberale. Dunque, il tema esiste, e non può essere obliterato o derubricato a preoccupazione partigiana.

Occorre però segnare il perimetro del problema. Il libero convincimento del giudice può essere naturalmente influenzato da una condotta processuale che esprima l'interesse dell'imputato a definire le pretese civilistiche e risarcitorie prima della

pronuncia della sentenza. Si tratta di una delle evenienze ineliminabili di cui si è detto sopra, come per il caso in cui l'imputato proponga una offerta reale a tacitazione delle pretese della parte civile, ciò che ben può destare l'impressione che egli sia preoccupato – per così dire – della fondatezza della domanda: ma non per questo, nell'attività difensiva ordinaria, non si ricorre a quello strumento.

Per queste ragioni non viene in rilievo, come ipotesi critica, quella in cui sia lo stesso imputato a chiedere l'attivazione degli strumenti della giustizia riparativa. Peraltro, può ben darsi in concreto l'ipotesi prospettata dal prof. Eusebi nel corso della sua relazione: non si può escludere che la giustizia riparativa sia chiesta dall'imputato anche per far valere la propria innocenza in un contesto *dialogico*, ove può risultare più agevole verificare se l'accaduto sia stato il frutto solo di *incomprensioni* o del *fraintendimento dei propositi* soggettivi dei protagonisti del fatto oggetto del processo.

Oppure, in chiave strategica più sottile, può essere interesse dell'imputato attivare una interlocuzione libera con la p.o. per far risaltare in quella sede, grazie all'intervento di un terzo che non sia vincolato alle regole del processo, l'*esagerazione* del narrato della vittima, che può ad esempio discendere dalle peculiarità della relazione personale in cui si è generato il fatto.

O ancora, infine, il ricorso alla giustizia riparativa può tradursi persino in un efficace strumento di *tutela* dello stesso accertamento giudiziario e della sua 'serenità': si pensi alle numerose vicende di cronaca (normalmente aventi ad oggetto disastri di vario genere, con molte vittime) in cui il processo diventa ostaggio, di fatto, di tensioni sociali fortissime, con manifestazioni di protesta a margine e talora anche all'interno dell'aula di giustizia, intese a chiedere a gran voce condanne esemplari e pene draconiane a tacitazione di un 'bisogno di giustizia' che potrebbe essere validamente elaborato all'interno dei percorsi della giustizia riparativa. In questo caso, il ricorso alla giustizia riparativa può scongiurare, o almeno mitigare, il grave perturbamento dell'accertamento dibattimentale che simili manifestazioni inevitabilmente producono.

3. L'art. 129 bis c.p.p.: il potere di invio d'ufficio delle parti al Centro di giustizia riparativa.

Sin qui, dunque, l'interconnessione tra i percorsi della giustizia tradizionale con quelli della giustizia riparativa non appaiono tali da (rischiare di) contaminare il libero convincimento del giudice; le ipotesi in cui viene in rilievo un significativo pericolo di contaminazione si generano invece a valle della possibilità, per il giudice, di *stimolare ex officio una presa di posizione dell'imputato rispetto al fatto*, mediante l'*invio* alla giustizia riparativa.

In questo modo, si crea una occasione di *interpello* dell'imputato, e la si offre al giudice del fatto, che può essere tentato di soddisfare in tal modo una *curiosità altrimenti inesprimibile* sul piano processuale: tramite l'invio alla giustizia riparativa, il giudicante può costringere il giudicabile a determinare la propria condotta in modo esplicito a valle dello stimolo al percorso di mediazione.

Si tratta di una occasione di indagine sull'atteggiamento dell'imputato che ha ad oggetto una *'presa di posizione rispetto all'accusa'*, e che è assai più penetrante di altri istituti processuale, che pure esistono, che non a caso non sono mai rimessi nella disponibilità del giudice.

Così, è ben vero che esiste l'istituto dell'esame dell'imputato, e che esso può essere richiesto anche dall'accusa, rendendo così necessaria una risposta dell'imputato: ma si tratta di un istituto rimesso – non a caso – alle sole parti, che non può essere mai disposto d'ufficio (ed è significativamente l'unica prova per cui esiste questa limitazione: anche il confronto presuppone che l'imputato abbia risposto all'esame). Proprio per questa ragione, dall'atteggiamento dell'imputato rispetto alla richiesta di esame proposta *ex adverso* non può in effetti trarsi alcun elemento di valutazione circa il convincimento soggettivo dell'imputato stesso quanto alla sua propria colpevolezza: il rifiuto può essere determinato da moltissimi fattori diversi (es. la capacità dell'imputato di 'reggere' un esame incrociato), restando perciò indizio psicologicamente equivoco, sulla cui richiesta (rifiutata) resterà comunque l'alone di un intento strumentale di parte.

Ben diverso è il caso della 'proposta giudiziale' di giustizia riparativa ai sensi dell'art. 129 *bis* c.p.p., a mente del quale l'autorità giudiziaria (dunque anche il giudice, sia esso dell'udienza preliminare o predibattimentale o il giudice del dibattimento) può disporre *"anche d'ufficio"* l'invio dell'imputato e della vittima ad un Centro di giustizia riparativa.

L'imputato ha ovviamente due possibilità: può aderire all'invito, oppure può rifiutarsi di aderirvi, giacché l'accesso ai percorsi di giustizia riparativa dev'essere *volontaria*.

Ora, l'adesione al dialogo con la vittima può essere inteso come una disponibilità ad ammettere la colpevolezza, e lo stesso esito positivo può essere letto come riconoscimento della fondatezza dell'addebito che viene dalla vittima.

Viene qui in rilievo il tema della necessità o meno, per l'esito riparativo positivo, di una *ammissione della responsabilità* del fatto. Si tratta non a caso di un presupposto previsto nella Direttiva, ma obliato dal legislatore italiano, probabilmente al fine di minimizzare le criticità nel rapporto con il processo penale, che si è voluto più intenso.

E' proprio qui che si disvela quanto la coperta sia corta. E' molto comprensibile che, in una prospettiva che massimizza l'alterità della giustizia riparativa rispetto alla giustizia tradizionale, si ritenga quel presupposto imprescindibile. Il disegno del legislatore italiano appare tuttavia diverso, orientato anche – come si è detto sopra – a finalità *lato sensu* deflattive, e perciò ispirato ad una logica di *dialogo* tra la sede processuale e la sede riparativa che appare inconciliabile con la premessa logica della doverosa ammissione della responsabilità o del fatto.

Sotto un diverso profilo, la 'proposta giudiziale' di giustizia riparativa può risolversi in una indebita pressione psicologica sull'imputato, per quanto possa apparire paradossale, proprio in ragione della possibile *promessa di sconto della pena*.

Si obietta che gli effetti positivi per l'imputato, a valle di un esito positivo di riparazione, siano tutto sommato poca cosa, ma è una considerazione che non mi trova d'accordo.

Nella pratica giudiziaria, è noto quanto possa essere significativo l'interesse a 'spuntare una attenuante in più', specie quando il processo abbia a che fare con reati puniti molto severamente (si pensi al caso di una violenza sessuale), oppure quando vi sia un problema soggettivo di 'accesso alle attenuanti' (per l'imputato pregiudicato, che si vedrebbe probabilmente negare le attenuanti generiche) o di 'peso delle aggravanti' (es. che spostano significativamente verso l'alto la forbice edittale), o, ancora, quando l'imputato non sia in condizioni di riparare per intero, ma solo in parte, e sia però necessario ottenere, in mancanza d'altro ed oltre alle generiche, anche una seconda diminuzione di pena, per conseguire effetti di pena significativi (es. per rimanere al di sotto della soglia della sospensione condizionale o dell'affidamento in prova), e non ci si possa dunque accontentare di generiche anche 'robuste'.

In tutti questi casi, la prospettiva di uno sconto di pena, quando l'occasione per meritargli proviene da un invito dello stesso soggetto che deve giudicare e che crea le precondizioni per la sua concessione, può rappresentare in concreto una formidabile pressione psicologica sull'imputato, pur se fermamente intenzionato a far valere la propria innocenza, soprattutto quando quello sconto potrebbe mutare sensibilmente le proprie sorti nel caso di condanna.

Paradossalmente, verrebbe da osservare che, per escludere questo effetto sul giudicabile, occorrerebbe che l'attenuante non fosse prevista.

Appare conclusivamente più che fondato il timore che il meccanismo del 129 *bis* costituisca un veleno inoculato nel sistema dei rapporti tra giustizia tradizionale e giustizia riparativa.

In primo luogo, perché rischia di segnare l'insuccesso della riforma, o la sua trasfigurazione a fini diversi da quelli propri della giustizia riparativa: vi è infatti il rischio che la giustizia riparativa diventi in larga misura *servente* alle esigenze proprie del sistema penale, e questa non è la sua vocazione; dall'altra parte, vi è il rischio che la complementarità si risolva in un arricchimento dello strumentario 'classico' del diritto penale (fattispecie estintive, circostanze attenuanti), ma senza le sue garanzie, e fuori dalle sue regole.

In secondo luogo, perché rappresenta per il giudice un'occasione non necessaria di stimolo dell'imputato a prendere una posizione esplicita rispetto al fatto, che mal si concilia con le esigenze di garantire anche l'apparenza di imparzialità del giudicante, e che rischia di determinare significativi effetti di pressione psicologica rispetto alle scelte difensive che l'imputato deve compiere dinanzi a quel medesimo giudice.

Questi problemi potrebbero essere in larga parte risolti se alla *volontarietà* si sostituisse la più stringente condizione della *spontaneità* dell'accesso alla giustizia riparativa (aderisco pienamente alla considerazione svolta in questo senso dal prof. Palazzo), e se al giudice fosse *inibito* assumere iniziative rispetto all'invio ai percorsi di giustizia riparativa.

Il giudice dovrebbe rimanere mero *fruitore*, e non anche *promotore*, del percorso riparativo: in questo caso, egli permanerebbe più autenticamente indifferente alle dinamiche della mediazione, e potrebbe semmai giovarsene (ai fini della propria decisione) nella misura in cui le parti, spontaneamente e libere da qualsiasi condizionamento, vi abbiano aderito e siano poi giunte ad un esito positivo.

4. La relazione.

Nel disegno normativo a legislazione vigente diviene invece necessario, sul piano logico, che al giudice 'promotore' del percorso di giustizia riparativa si debba poi anche rendere conto, in qualche misura, di cosa è accaduto nell'ambito di quel percorso.

La previsione del 5° comma dell'art. 129 *bis* è conseguenza dell'affidamento all'autorità giudiziaria del potere di promozione del percorso riparativo di cui al 1° comma della stessa norma.

Il sistema delle norme che disciplinano la relazione e la sua valutazione è però pericolosamente ambiguo. L'art. 58 stabilisce infatti che «l'A.G., per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'art. 133 c.p., l'eventuale esito riparativo».

In primo luogo, cosa significa "valuta"? Si potrebbe pensare ad un mero controllo di legittimità, ma, come vedremo subito, questa possibilità è da escludersi quando l'esito del percorso riparativo sia tale da incidere sulla decisione giudiziale. D'altra parte, come è possibile un controllo solo formale se la valutazione dell'esito (positivo) può influire sulla determinazione della pena?

Un secondo quesito riguarda l'oggetto della valutazione: può interessare solo l'esito in senso stretto (positivo o meno) o deve riguardare anche le condizioni (il contenuto) dell'accordo riparativo? La risposta dev'essere tendenzialmente negativa, perché l'esito della riparazione può germogliare da un accordo (o un mancato accordo) sul fatto oppure incarnarsi in impegni comportamentali che lumeggiano anche profili di responsabilità dell'imputato.

Il mediatore che riferirà nella sua relazione, non potrà non esprimersi anche, sia pure in termini minimi, sull'atteggiamento delle parti in ordine alla ricostruzione della vicenda: proprio ai fini di quello scopo di *riconoscimento della vittima* e di *responsabilizzazione* della persona indicata come autore, che spicca tra i fini della mediazione riparativa. Ancora, l'accordo che esiti in un obbligo comportamentale, indicato in relazione, potrà ben dire, se non altro per legge di contrappasso, quale è l'offesa che si vuole riparare. Insomma, e per semplificare: se non ci sono "carne e sangue" in quella relazione, il giudice non potrà mai svolgere le sue valutazioni anche a favore dell'autore, ai fini della determinazione della pena per il caso di condanna. Dunque la relazione non può essere asettica, ed il suo controllo non può essere solo formale.

Inoltre, le ipotesi di *valutazione* dell'esito riparativo sono destinate a moltiplicarsi in sede giudiziale proprio in ragione della significatività degli effetti che esso produce: e con esse si approfondisce la necessità per l'AG di *accedere al fatto della mediazione*. Ed infatti, già solo ai fini di quanto previsto (come circostanza attenuante) nell'ultima parte della novella formulazione dell'art. 62, n.6 (così come ai fini della remissione tacita di cui alla nuova previsione che si legge al n.2 del comma 3° dell'art. 152 c.p.), il giudice *deve* valutare se le condizioni apposte all'accordo riparativo siano state adempiute: ma si tratta di qualcosa di assai più penetrante che limitarsi a verificare, ad esempio ed a fini

analoghi, se il danno patrimoniale astrattamente quantificabile sia stato interamente risarcito con la somma di denaro corrisposto.

Sotto un secondo profilo, se è fondata l'ipotesi del prof. Eusebi della cd. *vittima indisponibile*, se cioè è predicabile il diritto dell'imputato di fruire comunque della diminuente quando si sia reso disponibile ad un esito riparativo *ragionevole* però *rifiutato* dalla vittima, il giudice dovrà altresì poter valutare se l'ostruzionismo della vittima a quell'esito riparativo sia *ragionevole* o meno. Anche in questo caso, la valutazione del giudice è più penetrante, e esige, sul piano logico, una relazione del mediatore che – proprio nell'interesse dell'imputato – tratteggi in termini descrittivi ampi cosa è accaduto in sede riparativa. Né si potrebbe ignorare il tema affidando al mediatore la decisione *in parte qua*, assegnandogli da una parte il compito di riferire soltanto se “è andata bene o no”, ma dall'altra parte anche di esprimere un giudizio circa la *congruità* dell'esito riparativo (non descritto) cui l'imputato sarebbe stato disponibile, senza fornire al fruitore della relazione gli elementi di fatto per sindacare quella valutazione: si affiderebbe così al mediatore un compito quasi *oracolare*, completamente sottratto al controllo giurisdizionale.

La necessità logica di una valutazione più penetrante è peraltro tema che riguarda più in generale ogni effetto potenzialmente *positivo* dell'esito riparativo: non si può escludere un controllo giurisdizionale sull'effettiva efficacia del percorso riparativo, perché la regola del contraddittorio pretende che anche il PM possa *contestare* la concessione degli effetti favorevoli discendenti dalla positività del percorso di mediazione e/o dall'effettivo adempimento delle condizioni apposte all'accordo riparativo. Anche in questo caso il giudice – e prima di lui le parti del processo – dovrà essere posto nella condizione di conoscere non solo l'esito (positivo/negativo) del percorso riparativo, ma anche le ragioni fattuali su cui riposa la valutazione positiva del mediatore, anche in termini di adempimento degli obblighi assunti.

Si badi che la possibilità di una simile valutazione *negativa* non è affatto esclusa dalla disposizione di cui all'art.58, 2° comma, secondo cui la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un accordo non possono produrre effetti *sfavorevoli* in capo all'imputato: nelle ipotesi descritte, si tratterebbe semmai di *mancati effetti favorevoli*, semplicemente non concedibili all'esito di una valutazione di insussistenza dei requisiti costitutivi dell'istituto di favore.

Peraltro, la necessità che la relazione si esprima in termini più ampi può ridondare anche a vantaggio dell'imputato, quando il giudice valuti – ad esempio – negativamente l'adempimento degli obblighi, poiché dev'essergli consentito di contestare quella valutazione, ed i conseguenti mancati effetti favorevoli, dinanzi al medesimo giudice così come nei successivi gradi del giudizio.

In alternativa, dovremmo immaginare che sulla ricorrenza dei tratti tipici di specifici istituti di diritto penale aventi un rilevante effetto sulla punibilità o sulla pena, vi sia una sostanziale rinuncia al principio di giurisdizione: il che non pare francamente possibile.

La *contaminazione* tra giustizia ordinaria e giustizia riparativa si fa dunque massima tanto quanto inevitabile. Ad ovviare gli effetti che ne discendono non varranno né le regole di riservatezza meramente documentale di cui all'art. 50, né i principi in

tema di utilizzazione delle eventuali emergenze indiziarie di cui all'art. 51: perché, di nuovo, ad essere vulnerata è l'imparzialità del giudice, in termini oggettivi.

Il tema non è però quello della *sfiducia nel giudice*: come in ogni altro caso in cui si discute di principi posti a garanzia della terzietà e dell'imparzialità del giudicante, il tema è piuttosto quello della *protezione* del giudice, e del suo libero convincimento, anche dalle occasioni inconsapevoli di contaminazione del suo giudizio. Volendo dirla in termini icastici, occorre proteggere il giudice anche da se stesso.

5. Il ruolo (anzi l'assenza) del difensore in sede riparativa.

Un ultimo profilo problematico riguarda l'assistenza difensiva in sede riparativa, che è in larga parte esclusa, salvo ipotesi specifiche (es. art. 54 sugli incontri meramente preliminari; art. 56, ult. comma, in tema di assistenza per la definizione degli accordi relativi all'esito cd. *materiale*).

Si potrebbe dire che i pericoli di dimidiata assistenza apparentemente rivenienti da questa assenza dipenderanno molto dalla qualità e professionalità dei servizi di mediazione. Il tema è però delicatissimo, specie se misurato alla stregua dell'apparente insufficienza di risorse che la legge mette a disposizione dei Centri di giustizia riparativa.

Nel mondo del diritto penale si è già assistito al fallimento di istituti innovativi, esplicitamente rivolti alla modulazione della risposta punitiva, in ragione della qualità talora mortificante della professionalità dei suoi protagonisti: il riferimento esplicito è alla giustizia penale amministrata dall'Ufficio del Giudice di Pace. Sarebbe esiziale per questa nuova disciplina, perché risulterebbe difficilmente recuperabile, se la scarsa qualità delle professionalità arruolate nell'ambito della giustizia riparativa, magari anche determinata dalla inadeguatezza delle risorse, determinasse sfiducia verso questo mezzo.

Tuttavia, il tema della irragionevolezza della marginalizzazione dell'avvocato resta anche indipendentemente dalla qualità dei servizi di giustizia riparativa: la legge esprime qui uno scetticismo massimalista non condivisibile, e neppure lungimirante. E' vero infatti che tanto la vittima come l'imputato si misureranno anzitutto con il proprio difensore sulla opportunità di aderire ad un invito di giustizia riparativa o di promuoverlo, e vorranno tendenzialmente essere rassicurati sulla bontà della scelta (dunque sulla opportunità di proseguire o di interrompere il percorso) anche nel corso degli incontri di mediazione.

Del pari, vorranno essere assistiti nella misura più ampia possibile al momento della definizione degli eventuali accordi di riparazione: è qui importante che la norma sull'*assistenza nella definizione* delle condotte di *riparazione materiale* sia interpretata nei termini più ampi possibili, senza che possa limitarsi l'intervento del difensore al solo momento della firma dell'accordo.

Ciò premesso, va anche detto che una opposizione pregiudiziale dell'avvocatura agli strumenti della giustizia riparativa sarebbe allo stesso modo poco lungimirante.

La mediazione è in effetti una modalità di risoluzione delle controversie cui noi stessi avvocati sentiamo l'esigenza, e siamo oramai (e da tempo) abituati.

Tutti conosciamo bene, ad esempio, quali siano le dinamiche delle liti in contesti in cui i protagonisti sono comunque *obbligati ad una relazione che travalicherà il contenzioso*, e che non possono essere mai risolti, in modo definitivo o soddisfacente, solo per via giudiziale. Sono i casi in cui i processi finiscono di regola con massive remissioni reciproche di querela, per fatti reciproci, numerosi quanto bagatellari, ma avvertiti come gravi e dolorosi sul piano – per così dire – *esistenziale*: o che si concludono invece, se unilaterali, con transazioni che lasceranno perfettamente intonsa la causa su cui le liti fioriscono, che ne genererà altre, magari a brevissimo, del medesimo genere.

Questi sono gli stessi contesti (per tornare al tema della contaminazione del convincimento del giudice, che può farsi oggi promotore della giustizia riparativa) in cui già a legislazione vigente i giudici invitano le parti, talvolta con toni molto pressanti, a trovare un accordo fuori del processo penale. E' evidente che in questi contesti gli strumenti della giustizia riparativa offrono opportunità nuove, e autenticamente alternative alla giustizia tradizionale.

Sotto altro profilo, esistono ipotesi di contestazioni penali – magari di maggior spessore fattuale – in cui la riparazione integrale è impossibile per l'imputato, ed al contempo una parziale è resa poco conveniente dall'assenza di meccanismi di più significativo incentivo premiale. Ebbene, anche in questo caso le nuove norme offrono opportunità interessanti, perché una riparazione materiale anche parziale, in un contesto di giustizia riparativa, consente egualmente l'accesso a benefici. Stesse considerazioni potrebbero svolgersi dal lato della vittima del reato: la parzialità della riparazione offerta dall'imputato rende talora scarsamente appetibile addivenire a transazioni 'tombali', così da indurre la p.o. a resistere alla proposta, magari oltre il ragionevole, chiudendosi in una opposizione di principio che potrebbe essere vinta più facilmente dai meccanismi della giustizia riparativa.

Ancora, ed è forse il profilo più interessante: esistono molti processi, spesso per fatti gravi, in cui è evidentissima la trasfigurazione del ruolo della parte civile nel processo penale, poiché la vittima non trova altro sfogo al proprio *desiderio di giustizia* (non giudicabile) che la spendita di un ruolo di parte in chiave essenzialmente *vendicativa* o di *cooperazione per la (massima) punizione* con l'Organo d'accusa, sostanzialmente indifferente agli interessi civilistici che (soltanto) le sarebbe consentito di coltivare con la costituzione di parte privata.

Gli avvocati conoscono bene quanto sia non inusuale una richiesta del genere “*non voglio una lira, voglio vedere condannato l'imputato alla pena massima*”, oppure “*non mi interessa né il risarcimento né la pena, voglio che sia affermata la verità dei fatti*”.

Sappiamo che, quanto alla prima ipotesi, non è quello che la parte *civile* può chiedere al processo, e che, quanto alla seconda, il processo non è luogo di affermazione di una verità *morale*, giacché non è questa la sua funzione.

In questi ed altri analoghi casi, la vittima (con il suo avvocato, che non ha altri strumenti) finisce per svolgere nel processo un ruolo di fatto improprio, alla ricerca di una risposta ai suoi propri e legittimi bisogni che ben potrebbero essere perseguiti nell'ambito del sistema *altro* della giustizia riparativa.

Anche nell'avvocatura, dunque, si deve guardare alla giustizia riparativa senza pregiudiziali di principio, senza scetticismo massimalista: occorre un *cambio di passo* culturale che consenta agli avvocati di svolgere al meglio la loro funzione di tutela dei diritti e degli interessi dei propri assistiti.

Al tempo stesso è però importante non estromettere gli avvocati da questo percorso, come pure sembra intuirsi dalla tessitura di alcune norme, quasi diffidando dell'avvocatura.

La giustizia riparativa non andrà lontano altrimenti: come si è detto, per il cittadino l'avvocato di fiducia resterà sempre il più affidabile riferimento per la tutela dei propri interessi.

Se dunque occorrerà convincere gli avvocati a non diffidare pregiudizialmente di questo nuovo strumento, occorrerà al contempo anche convincere i protagonisti della giustizia riparativa a non diffidare degli avvocati.