

STUDI E SAGGI

- 101 -

La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale

a cura di
FRANCESCO PALAZZO
ROBERTO BARTOLI

FIRENZE UNIVERSITY PRESS
2011

La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale / a cura di Francesco Palazzo e Roberto Bartoli. – Firenze : Firenze University Press, 2011.
(Studi e saggi ; 101)

<http://digital.casalini.it/9788864532493>

ISBN 978-88-6453-247-9 (print)

ISBN 978-88-6453-249-3 (online PDF)

ISBN 978-88-6655-085-3 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández
Immagine di copertina: © © Michael Brown | Dreamstime.com

Il volume raccoglie gli Atti della Giornata di Studio organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto comparato e penale dell'Università degli Studi di Firenze (20 ottobre 2010).

La realizzazione del Convegno e la pubblicazione degli Atti è stata resa possibile grazie al contributo della Fondazione Monte dei Paschi di Siena.

L'allestimento del presente volume è dovuto alla collaborazione della dott.ssa Antonella Cini, della Segreteria del Dipartimento di Diritto comparato e penale dell'Università degli Studi di Firenze.

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul sito-catalogo della casa editrice (<http://www.fupress.com>).

Consiglio editoriale Firenze University Press

G. Nigro (Coordinatore), M.T. Bartoli, M. Boddi, F. Cambi, R. Casalbuoni, C. Ciappei, R. Del Punta, A. Dolfi, V. Fargion, S. Ferrone, M. Garzaniti, P. Guarnieri, G. Mari, M. Marini, M. Verga, A. Zorzi.

© 2011 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy
<http://www.fupress.com/>
Printed in Italy

SOMMARIO

PRESENTAZIONE <i>Francesco Palazzo</i>	VII
PARTE PRIMA LA MEDIAZIONE NEL DIRITTO PENALE ITALIANO	
UN CAMPO PRIVILEGIATO DELLA MEDIAZIONE PENALE: LA RESPONSABILITÀ MEDICA <i>Francesco Macrì</i>	3
LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: PERCORSI EVOLUTIVI CULTURALI, GIURIDICI E SOCIALI <i>Grazia Mannozi</i>	27
PARTE SECONDA LA MEDIAZIONE NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE	
LA «GIUSTIZIA DI TRANSIZIONE»: AMNISTIA, GIURISDIZIONE, RICONCILIAZIONE <i>Roberto Bartoli</i>	57
GLI OBIETTIVI DELLA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE: TRA PUNIZIONE E RICONCILIAZIONE <i>Giovanni Fiandaca</i>	97
I RELATORI	119
INDICE DEI NOMI	121

PRESENTAZIONE

Francesco Palazzo

Soltanto quindici anni fa parlare di «mediazione» in ambito penalistico avrebbe voluto dire parlare di un marziano giuridico sbarcato sul pianeta punitivo. A parte infatti alcune riflessioni volte a valorizzare la riparazione del danno, e al di là dei profili di flessibilità introdotti nelle dinamiche sanzionatorie dall'idea specialpreventiva, non solo il nesso tra reato e pena, ma soprattutto la convinzione (il mito?) di un diritto che si poteva considerare tale soltanto se e in quanto il conflitto veniva sottratto ai suoi protagonisti per essere affidato alle mani di un terzo, erano così assoluti e inderogabili da potersi considerare una sorta di dogma indiscutibile.

D'altra parte, nel momento in cui la riflessione sull'offesa insita nel crimine e nella sanzione ha iniziato a porre in evidenza la doppia rottura relazionale che scaturisce dalla commissione di un reato (rottura di legami tra autore e vittima cagionata dalla realizzazione del fatto e rottura del rapporto tra autore e società derivante dall'esecuzione della pena), lo spostamento dell'attenzione dal disvalore del fatto al tipo di conflitto ha aperto la strada per il progressivo affermarsi del paradigma della giustizia riparativa e, in particolare, della mediazione penale. Anche perché, all'interno di un diritto penale sempre più orientato alla effettiva realizzazione degli scopi, è divenuta solida la consapevolezza che, a seconda del tipo criminoso, l'eccessiva formalizzazione della risoluzione dei conflitti rischia di essere inefficace o addirittura di produrre sul piano sociale effetti più negativi che positivi.

Tutto ciò ha significato che negli ultimi due lustri, anche grazie alla rivalutazione del ruolo della vittima, la mediazione penale è divenuta oggetto di attenta riflessione scientifica, iniziando poi a far breccia, ancorché in forma ancora embrionale, sia nella realtà legislativa (si pensi al tentativo di conciliazione previsto nel sistema penale del giudice di pace e ad alcune recenti proposte di riforma in ambito di responsabilità penale del medico), come anche in forma di prassi all'interno di alcuni settori in cui la relazione intersoggettiva si fa particolarmente significativa. Non solo, ma anche per ragioni connesse all'assenza del dominio legalistico e al tipo di conflitti, nonché per l'esistenza di culture 'comunitarie' diverse da quella occidentale, la mediazione ha trovato consistente e reale applicazione all'interno della prospettiva internazionale. Potendosi affermare come, proprio questa esperienza abbia consentito di (ri)aprire scenari molto

più ampi, che una dimensione nazional-legalista eccessivamente angusta aveva fatto dimenticare, scenari in cui la risposta a illeciti che esprimono un significativo disvalore a carattere punitivo si articola secondo le due amplissime traiettorie valoriale-sanzionatoria-giurisdizionale e 'amicale'-dialogica-'negoziale', e dove all'idea di una incomunicabile alternatività tra questi due paradigmi si va sempre più sostenendo quella di una loro possibile, ancorché complessa, integrazione.

Il presente volume raccoglie gli atti della Giornata di Studio svoltasi a Firenze il 20 ottobre 2010, a conclusione di un progetto di ricerca orientato non solo a fare il punto della situazione, ma soprattutto a cogliere le punte più avanzate della riflessione, mettendo per la prima volta assieme la mediazione nel diritto nazionale e in quello internazionale.

Un ringraziamento particolare deve essere rivolto alla Fondazione Monte dei Paschi di Siena, che grazie al suo contributo ha permesso che la ricerca e la Giornata di Studi potessero svolgersi, e che gli Atti fossero affidati a questa pubblicazione.

PARTE PRIMA

LA MEDIAZIONE NEL DIRITTO PENALE ITALIANO

UN CAMPO PRIVILEGIATO DELLA MEDIAZIONE PENALE: LA RESPONSABILITÀ MEDICA

Francesco Macri

SOMMARIO: 1. Lo stato del contenzioso medico-paziente in Italia.. – 1.1 Il ruolo del medico e del sistema sanitario nella società odierna.. – 1.2 Il contenzioso civile. – 1.3 Il contenzioso penale. – 1.4 Il fenomeno della *medical malpractice* e le sue conseguenze in Italia e nei principali paesi occidentali. – 2. Il problema della c.d. «medicina difensiva». – 2.1 Effetti negativi dell'incremento del contenzioso medico-paziente. – 2.2 La medicina difensiva: generalità. – 2.3 Diffusione delle pratiche di medicina difensiva in Italia. – 2.4 Le conseguenze negative della medicina difensiva. – 3. La necessità di un intervento normativo in materia di responsabilità medica. – 3.1 Lo stato attuale del contenzioso penale in materia di *medical malpractice*. – 3.2 Il fallimento del diritto penale 'retributivo' nel settore della responsabilità medica. – 3.3 Le finalità da perseguire in sede di riforma della normativa penale in materia. – 4. La giustizia riparativa quale pilastro del futuro diritto penale della medicina. – 4.1 Le ragioni di un'auspicabile svolta 'riparativa' del diritto penale della medicina. – 4.2 I modelli del diritto penale riparativo e la loro applicabilità alla peculiare sfera dei rapporti medico-paziente. – 4.3 La mediazione penale e la conciliazione quali fulcri di una risposta penale riparativa al fenomeno della *medical malpractice*. – 5. Mediazione penale, conciliazione e responsabilità medica in una prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo*. – 5.1 Riflessioni sul progetto CSGP di Milano. – 5.1.1 La ridefinizione dei presupposti della responsabilità medica per lesioni od omicidio colposi (Titolo II prog. CSGP). – 5.1.2 La predisposizione di un'ampia normativa concernente i programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario (Titolo III prog. CSGP). – 5.1.3 La perseguibilità a querela dell'omicidio colposo nei casi di colpa medica. – 5.2 Considerazioni sul progetto Unifi-Unipi-S.S. Sant'Anna. – 5.2.1 Gli obiettivi del progetto e le sue caratteristiche principali in un'ottica penalistica. – 5.2.2 L'attuazione del progetto nell'area fiorentina da parte dell'ASL di Careggi. – 5.3 Le possibili ricadute penalistiche della recente legge sulla mediazione civile. – 6. Conclusioni.

1. *Lo stato del contenzioso medico-paziente in Italia*

1.1 *Il ruolo del medico e del sistema sanitario nella società odierna*

I medici, in quanto attori protagonisti del sistema sanitario, svolgono un ruolo fondamentale ai fini del mantenimento e incremento del benessere sociale di uno Stato. Uno dei tratti fondamentali della recente storia dell'umanità è stata la grande evoluzione delle scienze mediche, che ha portato, con particolare riferimento all'Italia e agli altri paesi sviluppati, a un rilevante miglioramento della qualità della nostra vita. Si consideri che in Italia nel 1880 la speranza di vita alla nascita, nella media tra sesso maschile e femminile, era di circa 36 anni, divenuti 55 nel 1930, 66 nel

1960 e 82 nel 2008¹: dati che pongono il nostro paese al secondo posto nel mondo tra i paesi con più di 5.000.000 di abitanti (dopo il Giappone). Un altro importante indicatore dell'esponentiale progresso delle tecniche di assistenza sanitaria della popolazione è il tasso di mortalità infantile, diminuito in Italia dal 22% del 1870 al 12% del 1930 al 3,5% del 1960 fino allo 0,4% del 2008².

Tale evoluzione delle scienze mediche, dal punto di vista della sensibilità sociale, ha implicato la nascita di una fiducia illimitata nelle possibilità terapeutiche delle stesse, e ciò, unitamente al progresso giuridico che ha condotto all'emersione del diritto alla salute (art. 32 Cost.) quale fondamentale e personalissima prerogativa giuridica della persona umana, ha determinato un mutamento della prospettiva sociale e giuridica di valutazione delle condotte degli esercenti una professione sanitaria. Si è ampiamente diffusa, nella cittadinanza, la tendenza a considerare l'esito infausto di una terapia medica come esito costante di errori commessi da parte dei medici, e tale fenomeno è stato incentivato dalla massiccia sovraesposizione mediatica di taluni casi di malasanità, per cui si è diffusa, nell'opinione pubblica, l'idea che il sistema sanitario italiano sia costellato di sacche di inefficienza e personale sanitario in larga parte incompetente. È dunque cresciuta esponenzialmente la propensione a considerare l'esito negativo di un trattamento sanitario come frutto di errore umano, evitabile sempre e comunque stante l'ampiezza delle tecniche e degli strumenti diagnostici e curativi frutto dello sviluppo scientifico nel settore medico.

1.2 Il contenzioso civile

I dati forniti dall'Associazione Nazionale tra le Imprese Assicuratrici (ANIA) evidenziano un marcato incremento, negli ultimi anni, dei sinistri denunciati correlati ad ipotesi di responsabilità civile nel settore sanitario, essendo le denunce e le relative pratiche risarcitorie passate dalle 9.567 del 1994 alle 29.597 del 2008, sommando quelle contro le ASL e quelle contro i singoli medici, con una crescita di circa il 200%³. Non si dispone, però, di dati ugualmente affidabili sulla percentuale di sinistri denunciati cui fa seguito un'effettiva liquidazione dei danni a favore della vittima in conseguenza del riconoscimento della

¹ M. LIVI BACCI, *Storia minima della popolazione del mondo*, Bologna, 1998, 42; ISTAT, *Indicatori socio-sanitari regionali*, reperibile online su <<http://www.istat.it/sanita/sociosan/>>.

² A.M. GATTI, *La mortalità infantile tra ottocento e novecento, la Sardegna nel panorama italiano*, reperibile online su <http://www.veprints.unica.it/445/1/q2_02.pdf>; ISTAT, *Indicatori socio-sanitari regionali*, reperibile online su <<http://www.istat.it/sanita/sociosan/>>.

³ ANIA, *L'assicurazione italiana 2008/2009*, Ufficio Studi, Servizio Statistiche e Studi Attuariali.

responsabilità del professionista sanitario. Autorevoli esponenti della classe medica, in ogni caso, affermano che solo nel 30-35% delle ipotesi denunciate si giunge all'effettivo accertamento di una *malpractice* del personale medico⁴.

1.3 Il contenzioso penale

Tali dati concernono, all'evidenza, il contenzioso civile medico/struttura sanitaria-paziente, mentre non si dispone di dati altrettanto affidabili per quanto riguarda il contenzioso penale, cioè i casi in cui i medici vengono querelati o denunciati in conseguenza di eventi lesivi riconducibili alla propria attività professionale, principalmente per i delitti di lesioni colpose e lesioni colpose aggravate (art. 590 c.p.) e di omicidio colposo (art. 589 c.p.). Al riguardo, peraltro, è da considerare che sovente le persone vittime di eventi avversi in contesti ospedalieri, o i loro parenti in caso di decesso, scelgono di rivolgersi alla giustizia penale per far valere le proprie ragioni. Ciò avviene per due ordini di motivi, talvolta coesistenti: in primo luogo per soddisfare il proprio desiderio di rivalsa e punizione nei confronti dei presunti responsabili del danno patito, e in seconda battuta, molto più frequentemente, per avvalersi dei minori costi del processo penale, nel quale non devono affrontare le costose spese riconducibili agli accertamenti tecnici di natura medico-legale. Per quanto concerne invece i tempi del processo, va rilevato come ad una minore durata media del processo penale fa da contraltare l'esecutività della sentenza civile di primo grado, mentre è noto che nell'ambito penalistico è la sola sentenza definitiva, cioè di regola quella della Corte di Cassazione, a essere rivestita di carattere esecutivo. Anche in riferimento alla responsabilità penale, in assenza di statistiche giudiziarie esaustive in materia, la classe medica rivendica un tasso di assoluzione di circa l'80% dei sanitari denunciati penalmente o querelati per ipotesi di presunta *malpractice*⁵.

1.4 Il fenomeno della *medical malpractice* e le sue conseguenze in Italia e nei principali paesi occidentali

Prima di entrare nel vivo della tematica concernente la risposta sanzionatoria, e soprattutto riparativa, da fornire per mezzo degli strumenti legislativi civili e – per quanto più interessa in questa sede – penali, è bene fare chiarezza in ordine all'effettiva entità del fenomeno degli errori medici nel sistema sanitario italiano, e alle sue conseguenze di natura

⁴ In tal senso, tra gli altri, vedi M. CICALA *et al.*, *L'accusa di malpractice in ambito medico*, in *Caleidoscopio italiano*, 2005, n. 202, 5.

⁵ Intervista a Maurizio Maggiorotti, Presidente dell'AMAMI, reperibile online su <<http://www.vita.it/news/view/107518>>.

materiale e personale. In tale settore si usa comunemente l'espressione anglofona *medical malpractice*, che si riferisce alle ipotesi di negligenza professionale del medico.

Pur in assenza di studi statistici esaustivi e totalmente affidabili sul punto, si può citare uno studio americano del 2003 in materia di morti riconducibili a ipotesi di *malpractice* del sistema sanitario, che, prendendo in considerazione 14 grandi paesi industrializzati, situa l'Italia al quarto posto con circa 74 morti ogni 100.000 abitanti (circa 40.000 in totale), a poca distanza dalla Francia (65/100.000), che in tale ricerca occupa la prima posizione⁶. Tali risultati si conciliano con quelli di una ricerca datata 2004 del CINEAS (Consorzio universitario per l'ingegneria nelle assicurazioni del Politecnico di Milano), in base alla quale il numero di decessi causati da *medical malpractice* nelle strutture ospedaliere italiane varierebbe tra i 14.000 e i 50.000 l'anno, mentre ad essere vittima di eventi dannosi riconducibili ad errori sanitari sarebbero il 4% (cioè 320.000 persone) dei circa 8.000.000 di pazienti ricoverati annualmente, con un costo annuo per il sistema sanitario nazionale dovuto al prolungamento dei tempi di degenza dei pazienti di quasi 300.000.000 di euro all'anno⁷. Tali cifre, comunque rilevanti e connotate da un sicuro margine di miglioramento a mezzo dell'implementazione di adeguate politiche e misure di natura organizzativa, preventiva e di formazione del personale, vanno peraltro confrontate con quelle relative ad analoghi studi condotti in altri importanti sistemi sanitari di paesi industrializzati. In particolare, uno studio olandese condotto dal 1991 al 2006 su circa 75.000 pazienti ricoverati in ospedali statunitensi, australiani, neozelandesi e britannici e di altri paesi ha mostrato che circa il 9,2% di costoro è stato vittima di eventi avversi produttivi di danni in ambienti ospedalieri: più nel dettaglio i valori registrati sono stati il 4% in USA, il 10,8% in Gran Bretagna e il 16,6% in Australia⁸.

Una volta delineato, per quanto in maniera inevitabilmente approssimativa, un quadro di natura quantitativa del fenomeno della *medical malpractice* – e del conseguente contenzioso civile e penale – nel sistema sanitario italiano, assume rilevanza la considerazione che oltre la metà degli errori sono commessi da ortopedici, ostetrici, chirurghi e medici addetti al pronto soccorso⁹, per cui determinati settori sono sicuramente più a rischio di altri; ad esempio la categoria dei medici di famiglia è sog-

⁶ E. NOLTE, C.M. MCKEE, *Measuring the Health of Nations: Updating an Earlier Analysis*, in *Health Affairs*, 2008, 58 ss.

⁷ G. FORTI et al., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, 20.

⁸ E.N. de VRIES et al., *The incidence and nature of in-hospital adverse events: a systematic review*, in *Quality and Safety in Health Care*, 2008, 216 ss.

⁹ L. VERCESI, *Soluzioni alternative del conflitto medico-paziente: una strada percorribile?*, in *Sanità pubblica e privata*, 2007, 59.

getta statisticamente ad un numero estremamente inferiore di denunce e richieste di risarcimento danni.

2. Il problema della c.d. «medicina difensiva»

2.1 Effetti negativi dell'incremento del contenzioso medico-paziente

Il rilevante incremento del contenzioso civile e penale medico-paziente scaturente da supposti episodi di *malpractice* ha indotto il sorgere di rilevanti effetti negativi per il sistema sanitario nazionale, per i medici e per i cittadini, intesi quali beneficiari delle prestazioni sanitarie. In primo luogo si assiste ad una perdita di quel tradizionale rapporto di fiducia e di collaborazione tra i medici e i pazienti, e a una 'burocratizzazione' dello stesso, con riferimento, ad esempio, alla firma dei famigerati moduli relativi al consenso informato, che da prezioso strumento di informazione effettiva del paziente si è spesso trasformato in formalistico adempimento ai fini dell'esenzione da responsabilità del professionista sanitario. In seconda battuta, si sta verificando una tendenziale disaffezione dei giovani studiosi delle facoltà mediche verso quelle specializzazioni, come ortopedia, ostetricia ecc., nelle quali – come si è visto – è nettamente superiore il rischio di dover affrontare contenziosi civili e/o penali con i pazienti. Inoltre, il fatto di vivere per anni sotto la spada di Damocle di un procedimento civile o addirittura penale condiziona negativamente, sia sotto il profilo emotivo che tecnico-professionale, l'esercizio dell'attività sanitaria da parte del personale medico, dando luogo in particolare alla massiccia diffusione delle pratiche di c.d. «medicina difensiva».

2.2 La medicina difensiva: generalità

Per medicina difensiva si intende la pratica consistente nell'adottare misure diagnostiche o terapeutiche la cui finalità primaria non è salvaguardare la salute del paziente, quanto piuttosto la tutela del medico da possibili contenziosi giudiziari conseguenti a denunce per *medical malpractice*.

Si possono distinguere due tipologie di medicina difensiva: la medicina difensiva positiva e quella negativa. La medicina difensiva positiva consiste nell'attuare o prescrivere procedure o esami in eccesso allo scopo di

- a) ridurre la possibilità di esiti infausti;
- b) disincentivare i pazienti dal porre in essere azioni legali contro il sanitario o
- c) precostituire elementi probatori da utilizzare in eventuali future procedure giudiziarie avviate per *medical malpractice*.

La medicina difensiva negativa si ha invece nelle ipotesi in cui il medico evita determinati pazienti o trattamenti sanitari al fine di ridurre il rischio di essere coinvolto in contenziosi di natura penale o civile con i pazienti.

2.3 Diffusione delle pratiche di medicina difensiva in Italia

Un recente ed autorevole studio, avente ad oggetto l'approfondimento della diffusione delle pratiche di medicina difensiva tra i medici e i chirurghi italiani, ha rivelato l'esistenza tra il personale sanitario di una prassi consolidata, per nulla incoraggiante, fortemente orientata alla prevenzione di possibili controversie giudiziarie od extragiudiziarie per *medical malpractice*¹⁰.

Senza entrare eccessivamente nel dettaglio degli esiti della ricerca, si consideri che quasi l'80% dei medici ha ammesso di aver posto in essere almeno una pratica riconducibile alla medicina difensiva nell'ultimo mese di lavoro. Tra i comportamenti più diffusi si annoverano l'inserimento in cartella clinica di annotazioni evitabili (82%), il proporre l'ospedalizzazione di pazienti gestibili ambulatorialmente (69%), la prescrizione di esami diagnostici non necessari (61%), la consultazione non necessaria di altri specialisti (58%), la prescrizione di farmaci non necessari (51%) ed infine l'esclusione di pazienti 'a rischio' da alcuni trattamenti (pratica di medicina difensiva negativa adottata dal 26% degli intervistati)¹¹.

Per quanto concerne le motivazioni, è interessante notare che, al di là dei timori concernenti il danno economico derivante dall'eventuale accoglimento di una richiesta risarcitoria (pregiudizio diretto, o indiretto in caso di intervento dell'assicurazione, ma in tal caso con immediata disdetta della polizza o aumento del premio), ciò che temono fortemente (43,5%) i medici è la pubblicità negativa derivante dall'interessamento dei *mass media* ad eventuali ipotesi, vere o presunte, di *malpractice*¹². Al riguardo si tenga presente che, per quanto concerne le ipotesi di procedimento penale, mentre al momento dell'inizio delle indagini o del dibattimento la stampa spesso dà estremo risalto al caso, considerando sovente già acclarata la responsabilità del medico, la sentenza di assoluzione o il provvedimento di archiviazione che nella maggioranza dei casi vengono emessi all'esito del procedimento, al con-

¹⁰ Trattasi di una ricerca condotta dal CSGP (Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale), e coordinata dal prof. Maurizio Catino, incentrata sull'invio di un questionario strutturato a 1000 medici facenti parte della Società Italiana di Chirurgia, questionario al quale hanno poi risposto 307 professionisti sanitari, i cui risultati vengono ampiamente riportati e commentati in G. FORTI *et al.*, *Il problema della medicina difensiva*, cit., 26 ss.

¹¹ G. FORTI *et al.*, *Il problema della medicina difensiva*, cit., 32.

¹² G. FORTI *et al.*, *Il problema della medicina difensiva*, cit., 36.

trario, quasi mai ricevono una qualsivoglia attenzione da parte degli organi mediatici. Il pregiudizio alla fama e all'onore del professionista sanitario, pertanto, è quasi sempre irreparabile una volta che un procedimento penale a suo carico per *medical malpractice*, al di là dell'esito assolutorio o di condanna, giunga sotto i riflettori dei mass media, e tale circostanza è uno dei fattori che incentiva la proliferazione di pratiche di medicina difensiva.

2.4 Le conseguenze negative della medicina difensiva

Dalla descrizione delle principali pratiche facenti parte della c.d. «medicina difensiva» emerge chiaramente come la stessa sia fonte di ingenti sovra-costi economici per il servizio sanitario nazionale e di una riduzione della qualità dell'assistenza sanitaria fornita ai suoi utenti. L'effettuazione di ricoveri o esami inutili, così come la prescrizione di farmaci non necessari, cagionano massicci esborsi del tutto privi di giustificazione a carico del bilancio delle Regioni, cui nel nostro ordinamento è costituzionalmente attribuita (art. 117 Cost.) la competenza legislativa concorrente in materia di sanità. Inoltre l'effettuazione di procedure diagnostiche invasive (quali ad esempio biopsie) non corrispondenti ad effettive esigenze cliniche dei pazienti creano inutili rischi per questi ultimi, oltre ad incidere spesso negativamente sullo stato emotivo e psico-fisico degli stessi¹³.

3. La necessità di un intervento normativo in materia di responsabilità medica

3.1 Lo stato attuale del contenzioso penale in materia di *medical malpractice*

Da quanto detto in materia di contenzioso medico-paziente e di medicina difensiva, si coglie chiaramente la necessità di un intervento legislativo mirato alla ridefinizione dei presupposti della responsabilità civile e, soprattutto, penale per ipotesi di *medical malpractice*. Ciò non solo ai fini dell'eliminazione degli effetti nocivi derivanti dal proliferare delle pratiche di medicina difensiva, ma anche per finalità di deflazione processuale e, particolarmente in campo penale, con l'obiettivo di limitare la responsabilità penale del medico alle sole ipotesi in cui effettivamente vi sia quel «bisogno di pena» che dovrebbe costituire la giustificazione unica dell'intervento penalistico in conformità al principio di *extrema ratio*. Tale esigenza di circoscrizione delle condotte (colpose) incriminate si pone con particolare forza nel settore in esame in quanto, come è stato acutamente sottolineato, l'attività medica è caratterizzata dall'essere «attività rischiosa

¹³ G. FORTI *et al.*, *Il problema della medicina difensiva*, cit., 25.

posta in essere a beneficio di altri soggetti, i quali, sovente, sono le stesse vittime potenziali di quei rischi»: ciò dovrebbe essere tenuto in conto dal legislatore penale nel raffronto con la regolamentazione di altre attività, quali la circolazione stradale, in relazione alle quali il diritto penale tende alla prevenzione di rischi che «il soggetto agente fa correre ad altri per fini propri (fini il più delle volte egoistici)»¹⁴.

Per quanto concerne poi lo stato attuale del contenzioso penalistico in materia di *medical malpractice*, si tenga presente che la stragrande maggioranza dei processi per lesioni od omicidio colposi si concludono, dopo anni, con l'assoluzione nel merito o con la prescrizione del reato e, nei casi in cui viene pronunciata una condanna definitiva a pena detentiva, la stessa – essendo inferiore ad anni due di reclusione – viene quasi sempre comminata con il beneficio della sospensione condizionale. Ne consegue che gli effetti pregiudizievole derivanti ai medici dall'essere sottoposti a procedimento penale sono per lo più quelli concernenti la pubblicità negativa da parte degli organi di stampa, il danno economico derivante dalle spese processuali e dall'eventuale risarcimento (ove non coperto dall'assicurazione), le eventuali ricadute disciplinari del processo ed infine lo stress psico-fisico derivante dall'essere, spesso per numerosi anni, sottoposti all'alea di un giudizio penale pendente.

3.2 Il fallimento del diritto penale retributivo nel settore della responsabilità medica

Pur non avendo potuto approfondire in dettaglio l'importante tematica, si è appena visto come il diritto penale vivente in materia di responsabilità medica per lesioni od omicidio colposi originati da *malpractice* è alquanto deludente sotto il profilo funzionalistico. È evidente, difatti, come gli attuali lunghi e costosi procedimenti penali per negligenze o imperizie mediche non realizzano alcuna delle finalità virtuose che dovrebbero conseguire.

Non realizzano la funzione retributiva, perché, oltre a verificarsi spesso la prescrizione dei suddetti reati, la pena finale – quando irrogata – è quasi sempre una sanzione detentiva «virtuale» in quanto sospesa condizionalmente: per cui ad affliggere il medico sono sostanzialmente gli eventuali pregiudizi economici, e dunque di matrice civilistica, del processo penale, se non addirittura le ricadute mediatiche dello stesso, che sono del tutto slegate da un nesso di proporzione con la gravità del reato eventualmente commesso e obbediscono a dinamiche extra-penalistiche e in molti casi arbitrariamente discriminatorie.

Non si constatano, inoltre, benefici derivanti dall'attuale diritto penale vivente in materia di *medical malpractice* neanche sotto il profilo della

¹⁴ L. EUSEBI, *Intervento*, in G. FORTI et al., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 167.

funzione generalpreventiva: né sotto il profilo negativo della disincentivazione delle condotte penalmente rilevanti, la quale in materia sanitaria deriva soprattutto dall'adozione di protocolli organizzativi adeguati e dall'affidamento a soggetti competenti della funzione di prevenzione del rischio; né sotto il profilo positivo – che in tale settore è strettamente collegato al primo – dell'incentivazione di una cultura di una, volendo usare un neologismo, *goodpractice* medica. Ciò che invece ha prodotto il vigente modello di intervento penale sotto il profilo generalpreventivo è il proliferare delle già menzionate pratiche di medicina difensiva, la cui perniciosità per il sistema sanitario ed i suoi utenti è evidente.

Da ultimo, sicuramente deludenti sono le ricadute specialpreventivo-rieducative dell'attuale diritto penale della medicina, posto che, in tale peculiare settore di condotte colpose, ciò che sarebbe utile sotto tale profilo – esclusi i casi più gravi nei quali sarebbe opportuna quale pena accessoria la radiazione del medico – sarebbe l'incentivazione di corsi di aggiornamento e altre attività tali da rendere consapevole il sanitario responsabile di *malpractice* dell'entità dei propri errori e adeguate a fornirgli tutti gli strumenti per evitare che essi si ripetano nel prosieguo dell'attività professionale.

3.3 Le finalità da perseguire in sede di riforma della normativa penale in materia

Una volta constatata la sostanziale disfunzionalità dell'attuale diritto penale della medicina basato su schemi classico-retributivi, c'è da chiedersi come dovrebbe caratterizzarsi una nuova normativa penale in materia di *medical malpractice* al fine di conseguire i seguenti tre obiettivi fondamentali:

- a) contrastare la medicina difensiva, nel senso di incentivare i medici a esercitare la propria attività unicamente al fine di ottimizzare il benessere fisio-psichico dei pazienti e con il minor spreco possibile di risorse economiche per il sistema sanitario;
- b) garantire pienamente alle vittime di *medical malpractice* la possibilità di ottenere il più rapidamente possibile il ristoro degli interessi lesi dalla condotta colposa del medico, anche attraverso un migliore coordinamento con la normativa civile di settore;
- c) al di là del contrasto diretto alla medicina difensiva, calibrare l'estensione dell'intervento penale e la sua intensità alle peculiarità di un'attività rischiosa ma socialmente utile, se non addirittura preziosa, come l'attività medico-chirurgica, evitando però al contempo la concessione di un'immunità generalizzata ai professionisti sanitari.

Si ritiene, al riguardo, che tale normativa riformista dovrebbe ispirarsi ai paradigmi di un diritto penale riparativo.

4. *La giustizia riparativa quale pilastro del futuro diritto penale della medicina*

4.1 *Le ragioni di un'auspicabile svolta riparativa del diritto penale della medicina*

Senza voler addentrarsi troppo nei meandri della c.d. *restorative justice*, per approfondimenti sulla quale è d'obbligo rinviare agli autorevoli autori che si sono occupati del tema¹⁵, è possibile avvalersi di una metafora 'sanitaria' per fornire una prima, approssimativa, idea delle differenze tra giustizia retributiva e giustizia riparativa. Focalizzandosi sulla vittima, e superando l'ottica tradizionale incentrata sul reo – che pone in primo piano la 'frattura' dell'ordine giuridico costituito e della pace sociale –, la commissione di un reato generalmente causa due fratture: una frattura di tipo economico-materiale, data dal pregiudizio economico che quasi sempre si accompagna al fatto criminoso (ad es., il valore della merce rubata nel furto, i danni derivanti dalla rinuncia a giorni lavorativi e dalle spese sanitarie sostenute a seguito di una lesione); e una frattura di tipo psicologico-immateriale, data in primo luogo dall'impatto negativo che il reato ha sulla qualità della vita, sulle emozioni e sulla psiche della persona offesa (e spesso delle persone a lui vicine), e in seconda battuta dall'eventuale rottura dei canali comunicativi tra soggetto attivo e soggetto passivo del reato. La rilevanza di tale ultimo tipo di frattura è di tutta evidenza, ad esempio, in talune importanti ipotesi di reati contro la persona, quali la violenza sessuale o, segnatamente, gli atti persecutori, c.d. *stalking*, delitto introdotto nel 2009 dal legislatore italiano, che impernia il proprio nucleo di disvalore proprio sulla lesione della serenità psichica della persona perseguitata.

La reazione del diritto penale 'tradizionale' o 'retributivo' a questo duplice ordine di fratture è – salvo i casi di multa o ammenda, che nel nostro ordinamento hanno un'applicazione marginale a differenza, ad esempio, dell'ordinamento tedesco, e che comunque vengono riscosse solo nel 1% del loro ammontare¹⁶ – un'ulteriore frattura, consistente nell'irrogazione di una pena detentiva, cioè di un periodo di limitazione della libertà del reo, soggetto che è – o dovrebbe essere – rinchiuso in un istituto carcerario. In tale modello la vittima assume un ruolo secondario, venendo le sue eventuali sofferenze e traumi psicologici a essere riparati, in modo

¹⁵ Vedi in particolare F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2007; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; V. MUSACCHIO, *Vittima del reato e giustizia riparativa: paradigmi del nuovo diritto penale del terzo millennio*, in *I diritti dell'uomo*, 2008, 37 ss.

¹⁶ A. MARCHESELLI, *Il "buco nero" della riscossione delle pene pecuniarie. Proposte operative*, in *Diritto & Diritti*, 2003, reperibile online su <http://www.diritto.it/osservatori/esecuzione_penale/comm_marcheselli8.html>.

del tutto indiretto, attraverso una loro ‘monetizzazione’. Tale modello, tra l’altro, è attualmente in crisi in quanto tale ‘frattura sanzionatoria’, a seguito dell’applicazione quasi automatica del beneficio della sospensione condizionale della pena detentiva (fino a due anni secondo il regime ordinario) e dell’affidamento in prova ai servizi sociali (fino a tre anni), è per i reati di gravità medio-bassa sempre più spesso virtuale. Considerando che gli istituti carcerari italiani sono organizzati in modo tale da favorire, più che la rieducazione del condannato, l’*escalation* criminale e la sopraffazione degli internati socialmente meno pericolosi ad opera dei detenuti a più alto spessore criminale, e che la sospensione condizionale spesso è concessa in assenza di adeguate prescrizioni di stampo special-preventivo, il modello tradizionale è deficitario anche sotto il profilo della prevenzione della recidiva.

Nel modello riparativo, invece, si pone l’accento, in un’ottica funzionalista ed efficientista, ma anche eticamente orientata, sulla persona offesa dal reato e sulla sua interazione con il fatto criminoso ed il suo autore. Citando una felice definizione: «La giustizia riparativa è radicalmente differente dalla giustizia retributiva. Si tratta di una giustizia che investe le energie sul futuro, non nel passato. Si focalizza su ciò che ha bisogno di essere guarito, ciò che deve essere restituito, ciò che deve essere appreso nella frattura generata dal reato. Guarda a ciò che deve essere rafforzato e agisce affinché lo stesso evento non abbia più a ripetersi»¹⁷. La giustizia riparativa ha dunque un’ottica rivolta al futuro, non guarda al passato ricercando a tutti i costi una risposta afflittiva sul reo che lo ferisca in maniera equivalente alla lesione da costui arrecata alla vittima e/o alla società, ma cerca di curare, ove sia possibile – si premette sin da ora che lo scrivente ritiene ciò inattuabile per talune condotte criminose di gravità elevata – le fratture, soprattutto di natura emotiva, inferte dal reo con la condotta illecita. Inoltre, anche in assenza di profili rilevanti di destabilizzazione psicologica della persona offesa, l’approccio riparativo persegue comunque la rielaborazione della condotta illecita da parte del reo, di modo che questi si possa responsabilizzare il più possibile e si adoperi massicciamente per attuare contro-condotte (attività socialmente utili, corsi di formazione ecc.) adeguate a minimizzare il rischio di recidiva.

Al riguardo, è necessario sin da ora precisare che la giustizia riparativa, nel settore penale e non solo, non si identifica unicamente con la mediazione, per quanto spesso i due concetti vengano assimilati l’uno all’altro. La mediazione penale è invero uno degli istituti, seppure il più

¹⁷ S. SHARPE, *Restorative Justice: A Vision for Healing and Change*, Edmonton Victim Offender Mediation, 1998, 7, trad. it. a cura di A.M. GENTILE, *Modalità di approccio alla giustizia riparativa in ambito internazionale: Mediazione, Conferencing, Circles, Restituzione*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, 1017 ss.

rilevante, del diritto penale a ispirazione riparativa: ciò emerge altresì, in modo cristallino, dalla risoluzione n. 12/2002 delle Nazioni Unite, che definisce procedure di *restorative justice in criminal matters* quelle in cui «la vittima e il reo e, se opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità, lesa da un reato, partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore»¹⁸.

4.2 I modelli del diritto penale riparativo e la loro applicabilità alla peculiare sfera dei rapporti medico-paziente

Alla luce di quanto appena esposto, è necessario evidenziare le peculiarità concernenti le relazioni tra medico e paziente che vanno tenute in conto per adattare i paradigmi riparativi alle specificità del settore della responsabilità sanitaria per *medical malpractice*. Occorre, all'uopo, tenere presente la natura colposa della condotta medica che cagiona il danno fisico e la sua sempre più frequente verifica nel quadro di una relazione 'personalizzata' tra una persona bisognosa di cure e una struttura ospedaliera nella quale viene in rilievo, più che la personalità individuale del medico, la funzionalità di quest'ultimo alla risoluzione di un determinato problema del paziente.

Per quanto concerne la 'personalizzazione' della relazione medico-paziente, essa è frutto di quel processo, cui si è accennato in precedenza, di progressivo sviluppo delle scienze mediche, con un crescente affidamento dei medici a macchinari e tecnologie sempre più complessi e funzionali, cui si affianca l'incremento degli interventi pluri-soggettivi posti in essere lavorando in *équipe*.

Passando invece ad analizzare le conseguenze dell'involontarietà dei pregiudizi fisici arrecati ai pazienti da professionisti sanitari, cui piuttosto si addebitano condotte imprudenti o, più spesso, negligenti o imperite, ciò determina nella maggioranza dei casi che l'antagonismo, l'acredine e il desiderio di vendetta delle vittime nei confronti dei medici responsabili siano più contenuti rispetto alle ipotesi di condotte dolose. È chiaro, logicamente, che in presenza di comportamenti fortemente reticenti o deontologicamente scorretti del sanitario, il risentimento e il 'bisogno di punizione' avvertiti dai soggetti passivi saranno tendenzialmente più marcati. Nella maggioranza delle ipotesi, in definitiva, ciò

¹⁸ G. FORTI, *Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, in *Criminalia* 2009, 705, che evidenzia come, stando alla citata risoluzione 12/2002 recante i *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* «la giustizia riparativa consente alle parti di pervenire a risposte concordate quali la riparazione, le restituzioni, le attività socialmente utili, aventi lo scopo di corrispondere ai bisogni individuali e collettivi e alle responsabilità delle parti e di realizzare la reintegrazione della vittima e del colpevole».

che i pazienti perseguiranno saranno fundamentalmente due esigenze. In *primis* l'esigenza di un adeguato ristoro economico per i danni subiti, creandosi tra l'altro di frequente una contrapposizione non tanto tra la vittima ed il singolo medico in carne e ossa (soprattutto nel caso di intervento di più persone) quanto piuttosto tra la persona offesa e la struttura sanitaria nel suo complesso. In secondo luogo, e questo anche in ipotesi di eventi infausti in relazione ai quali non sia provata alcuna responsabilità dei medici, il paziente e i suoi congiunti di regola avvertono la necessità che si interrompa quel vuoto comunicativo che sovente caratterizza, al di là del formalismo dei moduli sul consenso informato, la gestione medica dei processi terapeutici, e che spesso si acuisce in seguito, nelle fasi immediatamente successive al verificarsi dell'evento avverso.

Le circostanze appena analizzate, con tutta evidenza, assumono rilievo ai fini dell'individuazione del modello o dei modelli di giustizia riparativa più adeguati alla risoluzione dei conflitti medico-paziente. È stato correttamente osservato, infatti, che «la giustizia riparativa al binomio reato-pena contrappone il binomio conflitto-riparazione [...]: il carattere deterrente e punitivo della pena lascia il posto ad una prospettiva di riparazione del danno e di ripristino comunicativo tra vittima ed autore del reato. Tra gli obiettivi fondamentali spicca il recupero fisico ed emozionale, quando possibili, della vittima»¹⁹.

In un'ottica riparativa, dunque, occorre focalizzare la prospettiva sui connotati del conflitto soggetto attivo-soggetto passivo scaturente dalla commissione del reato, vale a dire sulle caratteristiche del conflitto medico-paziente derivante dalla causazione colposa di un danno fisico al secondo da parte del primo nell'esercizio della sua attività professionale. Tale conflitto, come si è visto, non assume di regola quell'estensione che di solito si raggiunge, ad esempio, in presenza di condotte intenzionalmente violente o a fronte delle manifestazioni più gravi della criminalità stradale (si pensi ad ipotesi di lesioni gravi cagionate da conducente in stato di ebbrezza). La componente emozionale-psicologica di tale conflitto (intesa come rottura dell'equilibrio interiore), altresì, è nella vittima tendenzialmente marginale se raffrontata con la componente fisico-materiale (intesa come intaccamento della qualità della vita e/o del patrimonio), mentre, a causa della frequente mancata instaurazione di un rapporto personale medico-paziente, si avverte da parte delle vittime la necessità, più che di un ripristino comunicativo, della creazione di un canale di comunicazione in precedenza assente.

In concreto, ciò condurrà ad escludere quegli istituti di *restorative justice* che si attagliano più ad ipotesi in cui la frattura psicologico-emozionale prodotta dal reato, quasi sempre doloso, è profonda e spesso colpisce

¹⁹ V. MUSACCHIO, *Vittima del reato e giustizia riparativa: paradigmi del nuovo diritto penale del terzo millennio*, in *I diritti dell'uomo*, 2008, 45.

altresi direttamente i gruppi sociali di cui autore e vittima fanno parte. In tal senso, in linea di massima, si possono ritenere incongrui rispetto all'ottimale risoluzione del contenzioso penale medico-paziente quei sistemi di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) come il *conferencing*, nel quale al processo di riconciliazione e mediazione partecipano, oltre a soggetto attivo e passivo, le famiglie, gruppi di sostegno comunitario, organi di pubblica sicurezza e personale dei servizi sociali²⁰. Inadeguati per il settore della *medical malpractice* sono altresì metodi di *Alternative Dispute Resolution* come i *circles*, i quali hanno in comune con il *conferencing* il coinvolgimento della comunità, ma se ne differenziano per la tendenziale 'estraneità' dei partecipanti al *circle* rispetto all'autore ed alla persona offesa del reato²¹.

Si ritiene invece che siano adatti alla risoluzione dei conflitti medico-paziente istituti di ADR come la mediazione penale in senso stretto (*VOM - Victim Offender Mediation*), e altresì la conciliazione (*VOR - Victim Offender Reconciliation*) o altri metodi di matrice conciliativa, nei quali si ponga l'accento più sull'obiettivo di rimarginare la frattura economico-materiale prodotta dall'errore medico che non quella emotivo-psicologica in senso stretto, incentivando nel contempo la creazione di un tessuto comunicativo tra il medico e il paziente. Potrebbero altresì essere utili, in taluni casi di *medical malpractice* - segnatamente quelli più gravi o con condotte reiterate -, programmi riparativi quali i *Victim/Community Impact Panel*, cioè consessi nei quali gruppi ristretti di vittime esprimono a piccoli gruppi di autori di reato le conseguenze pregiudizievoli scaturenti dal reato subito, e i *Victim Empathy Classes*, cioè programmi educativi finalizzati a trasmettere all'autore la piena consapevolezza di tutti gli effetti dannosi prodotti dalla condotta illecita perpetrata²².

4.3 La mediazione penale e la conciliazione quali fulcri di una risposta penale riparativa al fenomeno della *medical malpractice*

L'analisi delle peculiarità delle relazioni medico-paziente induce or dunque a ritenere che un futuro diritto penale della medicina a vocazione 'riparativa' dovrebbe privilegiare gli istituti di matrice conciliativa e la mediazione penale, consentendo la modulare la risposta riparativa all'effettiva consistenza del conflitto medico-paziente emerso nel caso concreto.

²⁰ A.M. GENTILE, *Modalità di approccio alla giustizia riparativa in ambito internazionale*, cit., 1022 ss.

²¹ A.M. GENTILE, *Modalità di approccio alla giustizia riparativa in ambito internazionale*, cit., 1025 ss. Si consideri poi che V. MUSACCHIO, *Vittima del reato e giustizia riparativa*, cit., 52, inserisce tra i metodi di *Alternative Dispute Resolution* altresì l'*Apology*, il *Community/neighbourhood/victim Impact Statements*, il *Community Restorative Board*, il *Community Service*, i *Compensation Programs*, la *Diversion*, la *Financial Restitution to Victims*, e il *Personal Service to Victims*.

²² V. MUSACCHIO, *Vittima del reato e giustizia riparativa*, cit., 52.

A tal proposito è però d'obbligo individuare le differenze, sotto il profilo teorico ma soprattutto applicativo, tra i due appena menzionati metodi di *alternative dispute resolution*.

È bene premettere che in *subiecta materia* è prevalente, sia tra studiosi civilisti che penalisti, l'idea che mediazione e conciliazione siano due sinonimi sostanzialmente equivalenti: tale opinione, diffusa ampiamente tra i non addetti ai lavori, è propugnata anche da numerosi giuristi, i quali tendono a contrapporre ad esempio – nel diritto civile – il binomio processo/arbitrato alla coppia mediazione/conciliazione. Al riguardo, si tende a valorizzare soprattutto la circostanza – sicuramente innegabile – che sia la mediazione che la conciliazione sono finalizzate a realizzare un avvicinamento di due parti contrapposte mediante l'intervento di un soggetto terzo e imparziale. Al fine di distinguere i due istituti si evidenzia, usualmente, come la mediazione possa rappresentare l'intero *iter* del procedimento, mentre la conciliazione faccia riferimento al momento finale della mediazione, identificandosi cioè con l'esito (positivo) della stessa.

In questa sede si ritiene opportuno, al contrario, rimarcare come i due metodi di ADR, pur accomunati dall'impostazione 'ternaria' e da modalità operative spesso simili (l'organizzazione di incontri tra le parti ecc.), vadano comunque tenuti distinti, con particolare riferimento al profilo teleologico che li connota.

La conciliazione, difatti, può essere definita come «un processo, quasi sempre formale, attraverso il quale una terza persona neutrale tenta, tramite l'organizzazione di scambi tra le parti, di consentire a queste di confrontare i loro punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che le oppone»²³. Il mediatore, invece, non ricerca direttamente una soluzione del conflitto o una conciliazione (dal latino *cum calare*, «chiamare insieme») propriamente detta, ma mira primariamente a ridurre gli effetti indesiderabili di un conflitto più o meno grave. Come è stato acutamente osservato, la sua azione è finalizzata a «favorire una sospensione, almeno temporanea, delle ostilità e quindi una ripresa del dialogo tra persone che pacificamente possano riconoscersi differenti (riconoscimento dell'alterità e dell'alienità), al fine di consentire loro di riappropriarsi della propria attiva e responsabile capacità decisionale. Spetterà alle parti, poi, rielaborare il conflitto e proporre esse stesse un progetto costruttivo di regolamentazione concordata del conflitto»²⁴.

Tali definizioni, pensate – soprattutto la seconda – con particolare riferimento alla loro applicazione a controversie civilistiche, vanno adatta-

²³ J. BONAFÉ-SCHMITT *et al.*, *Les justices du quotidien. Les modes formels et informels de règlement des petits litiges*, Lyon, 1986, 86.

²⁴ M. MARZARIO, *La giustizia delle emozioni: differenze tra la mediazione e altre forme di giustizia alternativa*, in *Diritto & diritti*, 2009, reperibile online su <<http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/27508.html>>.

te alle peculiarità del diritto penale, nel quale le parti vedono limitato il proprio potere dispositivo nel momento in cui propongono una soluzione concordata del conflitto originato dalla commissione del reato.

Si può però mantenere, ai fini della loro possibile applicazione alle ipotesi di *medical malpractice*, che la principale differenza tra mediazione penale e conciliazione penale risieda nel fatto che la conciliazione tende, come già sottolineato, a dare minore rilevanza alla ricomposizione delle fratture emozionali-psicologiche e comunicative causate dall'errore medico, mirando principalmente a sanare il pregiudizio materiale-economico sofferto dal paziente.

Volendo poi tracciare la differenza tra la mediazione penale (VOM) in senso stretto e altri istituti del «diritto penale riparativo», occorre rimarcare la struttura ternaria della stessa: ciò implica che – con eccezione delle fasi iniziali della procedura – agli incontri dovrebbero partecipare solo reo, vittima e mediatore, con tendenziale esclusione di altri soggetti.

5. *Mediazione penale, conciliazione e responsabilità medica in una prospettiva de iure condito e de iure condendo*

5.1 *Riflessioni sul progetto CSGP di Milano*

A seguito di un'ampia attività di ricerca iniziata nella primavera del 2008, gli studiosi del Centro Studi «Federico Stella» sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP) dell'Università Cattolica del S.C. di Milano, coordinati dal prof. Gabrio Forti, hanno presentato nel giugno 2009 un organico «Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico». La prima versione di tale progetto è stata oggetto di discussione e dibattito nel corso di un'importante Tavola rotonda svoltasi a Milano il 5 giugno 2009 con la partecipazione di autorevoli esponenti della dottrina penalistica, della magistratura e del mondo della medicina, a seguito della quale è stata elaborata una seconda bozza definitiva.

Pur senza poter trattare esaustivamente le peculiarità del suddetto progetto, per le quali si rinvia agli approfonditi commenti già pubblicati²⁵, è opportuno in queste sede dare conto degli aspetti qualificanti dell'elaborato, posto che lo stesso fornisce una risposta organica alle problematiche concernenti il rischio clinico e la responsabilità penale e civile del personale sanitario. Il progetto, inoltre, si caratterizza per la centrale rilevanza attribuita agli strumenti di giustizia riparativa.

²⁵ G. FORTI, *Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, in *Criminalia* 2009, 667 ss.; G. FORTI, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010.

5.1.1 La ridefinizione dei presupposti della responsabilità medica per lesioni od omicidio colposi (Titolo II prog. CSGP)

Il progetto CSGP, nella versione definitiva, si apre con una importante norma programmatica (art. 1) in materia di trattamento medico-chirurgico, attraverso la quale si chiarisce che le pratiche mediche eseguite *lege artis* per finalità terapeutiche, diagnostiche o palliative non costituiscono offese all'integrità fisica.

L'art. 2, invece, contempla un'importante modifica alle norme penali, introducendo nel codice penale un nuovo art. 590-ter, il quale prevede, ai primi due commi, che «l' esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli artt. 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell' esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento».

La previsione appena citata configura dunque una riduzione dell'area d'intervento penale in materia di *medical malpractice*, escludendo dall'incriminazione le condotte che non oltrepassino la soglia della colpa grave, la cui tipizzazione è incentrata su due parametri:

- 1) il grado di allontanamento della condotta del medico dal comportamento doveroso quale stabilito dalle 'regole dell'arte';
- 2) l'irragionevolezza del rischio per la salute del paziente creato dalla condotta medica, rischio che si deve poi concretizzare nell'evento.

Sul punto si ritiene sicuramente ampiamente condivisibile, nella sua impostazione di fondo, una norma mirata a limitare l'intervento penalistico nel settore in esame. Ciò in considerazione sia della natura delle pratiche sanitarie quali attività intrinsecamente rischiose a beneficio altrui, sia della necessità di contrastare le pratiche di c.d. «medicina difensiva» e altresì per fronteggiare in via legislativa una giurisprudenza particolarmente 'rigida' nell'area del diritto penale della medicina²⁶.

La scelta di individuare nella colpa grave il concreto criterio di selezione delle azioni ed omissioni mediche penalmente rilevanti può essere anch'essa sottoscritta, considerando altresì che la giurisprudenza solo sporadicamente ha applicato in *subiecta materia* l'art. 2236 c.c., che limita, nei casi di problemi tecnici di speciale difficoltà, la responsabilità del prestatore d'opera alla sola colpa grave²⁷.

²⁶ Per approfondimenti sul punto, v. F. GIUNTA ET AL., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2008)*, Pisa, 2009.

²⁷ G. FORTI, *Progetto di riforma in materia di responsabilità penale*, cit., 695 ss.

Per quanto concerne poi la norma definitiva della colpa grave (art. 590-ter/2 prog. CSGP), è da osservare che autorevole dottrina ha sostenuto come il grado di scostamento della condotta medica dalle *leges artis* sia «un criterio di graduazione della colpa che appartiene più alla logica della commisurazione che al bisogno di deterrenza», proponendo quindi di

sottrarre a pena la colpa del medico che si verifica in relazione a un caso oggettivamente complesso e si caratterizza per la difficoltà: a) di riconoscere la situazione di pericolo in cui versa il bene giuridico; b) di riconoscere ed eseguire la regola cautelare doverosa, anche in ragione delle circostanze concrete in cui l'agente si trova ad agire²⁸.

5.1.2 La predisposizione di un'ampia normativa concernente i programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario (Titolo III prog. CSGP)

Il progetto CSGP prevede, accanto alla opportuna circoscrizione dell'intervento penale in materia di *medical malpractice*, una importante disciplina, totalmente innovativa nel panorama penalistico italiano, concernente la «Giustizia riparativa in ambito sanitario», cui è dedicato l'intero Titolo III, includente 22 dei 34 articoli che compongono la versione definitiva dell'articolato. Rinviando agli approfonditi testi sul punto per gli ulteriori aspetti concernenti l'applicazione degli istituti riparativi nel progetto CSGP²⁹, in questa sede si ritiene di focalizzare l'analisi sui metodi di *Alternative Dispute Resolution* prescelti e sull'interazione tra gli stessi e il diritto penale sostanziale e processuale.

L'art. 15 del progetto CSGP dispone che, salvo i casi in cui debba richiedere l'archiviazione, il pubblico ministero che proceda per «Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario» (art. 590-ter c.p., introdotto dal progetto) debba informare immediatamente la «Commissione per la giustizia riparativa in ambito sanitario» ai fini dell'attivazione di un programma di giustizia riparativa. Le suddette commissioni sono disciplinate dagli artt. 8-14 del progetto, in base ai quali le stesse sono istituite presso ogni Corte d'Appello, e sono composte da esperti di discipline giuridiche, mediche e socio-antropologiche, con obbligo di indipendenza, imparzialità e riservatezza e suddivisione operativa in collegi di tre o cinque mediatori (a seconda della complessità del caso).

Per quanto concerne invece i programmi di giustizia riparativa applicabili in ambito sanitario, l'art. 6/1 del progetto CSGP contempla:

²⁸ F. GIUNTA, *Intervento*, in G. FORTI et al., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 171.

²⁹ G. FORTI, *Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria*, cit., 705 ss.; G. FORTI, *Il problema della medicina difensiva*, cit., 172 ss.

- a) la mediazione, preferibilmente diretta;
- b) l'incontro delle parti allargato ad altri soggetti;
- c) l'assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato;
- d) l'ascolto protetto della persona offesa.

Come si desume immediatamente da una semplice lettura della suddetta previsione, gli Studiosi milanesi si sono ispirati a una logica definibile come *favor reparationis*, in quanto hanno previsto la prosecuzione del procedimento riparativo anche in assenza del consenso del paziente e addirittura nelle ipotesi in cui difetti la volontà cooperativa del medico.

Scendendo nel dettaglio, la lettera a) dell'art. 6 disciplina quale principale metodo di ADR la mediazione penale. Al riguardo l'aggiunta della locuzione «preferibilmente diretta» dovrebbe incentivare la possibilità di adottare, oltre alla *Victim-Offender Mediation* (VOM), ulteriori paradigmi riparativi parzialmente differenziati dalla mediazione penale in senso stretto, ad esempio ispirati alle logiche conciliative in quanto maggiormente focalizzati sui profili economico-materiali del conflitto medico-paziente.

La lettera b), prevedendo quale secondo programma riparativo «l'incontro tra le parti allargato ad altri soggetti», consente l'applicazione di tipologie di ADR come il *conferencing* ecc., la cui effettiva utilità andrà valutata con attenzione dai mediatori in rapporto alla specificità del concreto conflitto medico-paziente oggetto del programma.

Il terzo programma riparativo contemplato dall'art. 6 prog. CSGP è dato invece dall'assistenza al medico 'incolpato' nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato. Si è scelto, difatti, di consentire al professionista sanitario responsabile di *malpractice* di poter beneficiare dell'estinzione del reato (prevista dall'art. 2 prog.) mediante condotte antagoniste all'illecito anche ove la persona offesa si rifiuti di partecipare al programma riparativo. In tale ipotesi si oltrepassano, come già rilevato da alcuni illustri autori³⁰, gli stessi confini della giustizia riparativa, in quanto la partecipazione unilaterale del reo non dà luogo a quella convergenza partecipativa con la persona offesa nella risoluzione del conflitto richiesta anche dalla stessa definizione delle Nazioni Unite³¹. La *ratio* della suddetta norma è comunque quella di consentire al reo, qualora questi si impegni fattivamente ed efficacemente in senso riparativo, di conseguire l'estinzione del reato, incentivando ad esempio

³⁰ In tal senso, ad esempio, vedi G. FIANDACA, *Intervento*, in G. FORTI et al., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 174.

³¹ La risoluzione n. 12/2002 delle Nazioni Unite, già menzionata *supra*, definisce infatti procedure di *restorative justice in criminal matters* quelle in cui «la vittima e il reo e, se opportuno, ogni altro individuo o membro della comunità, lesa da un reato, partecipano insieme attivamente alla risoluzione delle questioni sorte con l'illecito penale, generalmente con l'aiuto di un facilitatore».

incontri del medico con gruppi di persone vittime di *medical malpractice*, sul modello dei già citati *Victim/Community Impact Panel* e *Victim Empathy Classes*.

Da ultimo la lettera d) dell'art. 6 disciplina l'ipotesi in cui sia il soggetto attivo a non voler aderire al programma riparativo: in tale caso si garantisce alla persona offesa la possibilità di essere ascoltata dai mediatori, senza ovviamente che venga concesso il beneficio dell'estinzione del reato al medico incolpato.

L'articolato sistema di giustizia riparativa di cui al Progetto CSGP, quindi, è finalizzato nel suo complesso a ottenere la reintegrazione più rapida possibile del pregiudizio materiale e immateriale sofferto dall'offeso, permettendo nel contempo al medico aderente ai programmi di ADR previsti dall'art. 6 di conseguire l'estinzione del reato (art. 2, comma terzo, prog.) e dunque la chiusura anticipata del procedimento penale, con benefici anche in termini di deflazione processuale.

5.1.3 La procedibilità dell'omicidio colposo nei casi di colpa medica

Nella prima versione del progetto CSGP, l'art. 2 prevedeva altresì un'innovativa previsione normativa equiparante l'omicidio colposo alle lesioni colpose sotto il profilo della procedibilità a querela, nei casi di colpa medica.

La suddetta disposizione, motivata dall'esigenza di incentivare la deflazione processuale, e di favorire altresì la risoluzione in via extra-giudiziarla attraverso modalità concordate del conflitto tra il medico ed i parenti della persona deceduta, è stata oggetto di talune incisive critiche, e non è stata riproposta nella definitiva versione del progetto.

In particolare si è osservato come i prossimi congiunti della vittima, cui nelle ipotesi di omicidio colposo per colpa medica spetterebbe la titolarità del diritto di querela, alla luce del loro diretto interesse a conseguire un risarcimento economico, non siano i soggetti più adatti a effettuare quelle valutazioni circa il 'bisogno di pena' sulle quali si fonda l'eccezione alla regola generale in materia di procedibilità d'ufficio dei reati³².

Sul punto si potrebbe inoltre sottolineare come, anche al di là dei rischi di 'monetizzazione' indubbiamente sussistenti, verosimilmente i soggetti danneggiati dal reato, ma non soggetti passivi dello stesso, non vivono direttamente quello specifico trauma di natura emozionale-psicologica che invece soffrono sulla propria pelle le vittime dei reati, e la cui valutazione è fondamentale ai fini della decisione se attivare o meno l'intervento penale nei casi di procedibilità a querela.

³² F. GIUNTA, *Intervento*, in G. FORTI et al., *Il problema della medicina difensiva*, cit., 156.

5.2. Considerazioni sul progetto Unifi-Unipi-S.S. Sant'Anna

Un altro importante progetto in materia di responsabilità medica di cui è opportuno dare conto è quello elaborato, nel 2006, da parte dell'Università degli Studi di Firenze e della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa e intitolato «La tutela degli utenti del servizio sanitario della Toscana».

Allo stesso hanno collaborato tre unità operative: il dipartimento di diritto privato e processuale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, con la Prof. I. Pagni; il dipartimento di diritto penale e comparato della Facoltà di Giurisprudenza dell'Univ. di Firenze, con i Proff. M. Papa e F. Giunta ed il Laboratorio Interdisciplinare Diritti e Regole della S.S. Sant'Anna di Pisa con il Prof. G. Comandé.

Il progetto ha avuto come oggetto la costituzione di una Camera di conciliazione e arbitrato presso la Regione Toscana per lo svolgimento di conciliazioni e arbitrati amministrati nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria in generale.

Tale progetto si è sviluppato in due fasi, nella prima delle quali sono state definite le caratteristiche generali dei servizi offerti dalla Camera, mentre nella seconda tali caratteristiche sono state illustrate in tavoli tecnici ai quali hanno partecipato le principali istituzioni e organi coinvolti nella fase di attuazione (Ordine dei Medici, Ordine degli Avvocati, Associazioni di tutela degli utenti ecc.).

5.2.1 Gli obiettivi del progetto e le sue caratteristiche principali in un'ottica penalistica

Gli obiettivi principali perseguiti dai responsabili del progetto *de quo* sono stati il potenziamento qualitativo del servizio di assistenza sanitaria regionale, la deflazione delle liti in materia di *medical malpractice*, la riduzione dei costi per strutture sanitarie, medici e pazienti, e l'incentivazione di una cultura della «giustizia coesistenziale», caratterizzata dall'intento di evitare la radicalizzazione della contrapposizione medico/struttura sanitaria – paziente.

Sotto il versante penalistico, i fautori del progetto hanno opportunamente considerato che, nei casi di lesioni personali dovute a colpa medica (art. 590 c.p.), reato perseguibile – a differenza dell'omicidio colposo – a querela di parte, la possibilità per le persone offese di avvalersi rapidamente di un servizio di conciliazione e arbitrato, gestito da una Camera istituita presso la Regione Toscana, possa spesso impedire la pernicioso instaurazione di un complesso processo penale. Si è difatti rimarcato come l'interesse principale del paziente che si ritiene vittima di *malpractice* sia – come già evidenziato *supra* – il ristoro dei danni economici conseguenti alla lesione sofferta, una volta che ne sia accertata la causazione colposa da parte del professionista sanitario. Si è ritenuto pertanto che il paziente potrebbe essere incentivato a rinunciare alla presentazione della querela o, una volta presentata la stessa nel termine di tre mesi, a rimette-

re la stessa con conseguente estinzione del reato: al riguardo, si è sottolineato come le possibilità di una risoluzione alternativa delle controversie sono minori nei casi in cui la querela sia già stata proposta, posto che lo sviluppo del processo penale riduce, nel suo dispiegarsi, l'incertezza sulla pretesa risarcitoria.

Per quanto concerne poi l'effettivo ruolo svolta dalla istituenda Camera presso la Regione Toscana, si è previsto che la stessa, composta da esperti in materie giuridiche e medico-legali con garanzie di imparzialità, possa fornire servizi di conciliazione ed arbitrato, inteso come un procedimento para-giudiziario al cui esito venga emesso un c.d. lodo, il quale, in caso di arbitrato rituale, è equiparato per legge alla sentenza giudiziaria. È fondamentale, da ultimo, rilevare come, nei casi in cui ciò sia ritenuto necessario dalle parti, il progetto preveda la possibilità di ottenere, dagli esperti operanti presso la Camera, una consulenza medico-legale che sfoci in un parere *pro veritate* emesso in via preventiva rispetto all'attivazione del procedimento conciliativo o arbitrale.

5.2.2 L'attuazione del Progetto nell'area fiorentina da parte dell'ASL di Careggi

A seguito della presentazione del progetto pisano-fiorentino, la Giunta regionale ha dato avvio, con delibera 1019 del 27 dicembre 2007, alla fase sperimentale di un servizio regionale di conciliazione con sede nell'AOU Careggi e nell'ASL di Livorno. Con successiva delibera n. 649 del 4 agosto 2008, alla luce delle relazioni presentate dall'Aouc, la Giunta ha approvato linee di indirizzo attuative.

Il servizio di conciliazione offerto dall'Azienda sanitaria di Careggi è attualmente operativo per controversie in materia di errata terapia, ritardata diagnosi, manovre di intubazione, smarrimenti di protesi e cadute, qualora la richiesta di risarcimento sia inferiore ai 50.000 euro.

Il servizio di conciliazione operante a Careggi, per quanto sicuramente utile ai fini di una migliore gestione del contenzioso medico/struttura sanitaria – paziente, non può però essere considerato come un istituto di ADR, in quanto, a differenza di quanto previsto dal progetto, tale servizio è erogato da una struttura composta da esperti dell'Azienda sanitaria stessa, cioè di una delle parti della controversia. Lo stesso, dunque, difetta dei requisiti di terzietà e imparzialità dell'organo di conciliazione necessari ai fini della classificazione di tale istituto nell'ambito dei programmi di risoluzione alternativa delle liti.

5.3 Le possibili ricadute penalistiche della recente legge sulla mediazione civile

Prima di concludere la trattazione, è d'obbligo procedere a una breve disamina delle possibili conseguenze, sotto il profilo penalistico, della recente legislazione in materia di mediazione nelle controversie civili

o commerciali. Trattasi del decreto legislativo n. 28/2010 del 4 marzo 2010, che attua quanto disposto dall'art. 60 della legge 69/2009 in materia di «Mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali».

Alla luce di tale provvedimento, a partire dal 20 marzo 2011, non sarà possibile rivolgersi direttamente ai giudici per le controversie civili in materia di responsabilità medica in assenza di un previo tentativo di conciliazione. Ove le parti si rivolgano alla magistratura senza aver proceduto al suddetto tentativo, è disposto che il giudice assegni alle stesse un termine di 15 giorni per presentare, obbligatoriamente, la domanda di conciliazione. Inoltre, è previsto che il procedimento conciliativo debba concludersi entro quattro mesi a partire dalla data del deposito della domanda.

È stabilito, al riguardo, che le procedure conciliative possano essere gestite solo da mediatori appartenenti a organismi pubblici e privati iscritti ad un apposito Registro presso il Ministero della Giustizia. Il mediatore incaricato assume il compito di valutare le peculiarità della controversia e di formulare alle parti una proposta scritta di accordo che le stesse devono accettare o rifiutare, sempre con atto scritto, entro 7 giorni, trascorsi i quali la proposta si considera rifiutata.

Tale disciplina, qualora venisse diligentemente ed effettivamente applicata da parte di tutti i soggetti coinvolti (avvocati, giudici, mediatori, classe medica, pazienti e loro associazioni), potrebbe sicuramente avere effetti positivi anche sul contenzioso penale, oltre che su quello civile, in materia di *medical malpractice*. Al riguardo si consideri, peraltro, che i tempi della conciliazione civile – pur tenendo conto dei quattro mesi per il tentativo di conciliazione previsti dal decreto 28/2010 – tendono a non conciliarsi con il breve termine di tre mesi previsto per presentare querela nei casi di lesioni personali colpose, soprattutto ove sia necessario espletare complessi accertamenti medico-legali. Sul punto, sarebbe auspicabile un intervento legislativo che fissasse in sei mesi (come nei casi di violenza sessuale) il termine per sporgere querela nelle ipotesi di lesioni derivanti da colpa medica: pur sussistendo la possibilità per la persona offesa di rimettere la querela anche dopo averla presentata, si è però già evidenziato come le possibilità di definizione 'consensuale' della controversia si riducano drasticamente una volta che la querela sia depositata.

6. Conclusioni

All'esito dell'analisi svolta, si ritiene pertanto che una futura riforma legislativa in materia di responsabilità penale derivante da *medical malpractice* dovrebbe ispirarsi alle seguenti linee guida:

- Circostrizione della rilevanza penale dell'omicidio e lesioni colposi, nei casi di colpa medica, alle sole ipotesi concrete in cui la colpa sia caratterizzata da una particolare gravità, determinata in base ai parametri:

- a) della gravità del rischio, concretizzatosi nell'evento, cui si è esposta la persona offesa; b) della riconoscibilità della situazione di pericolo per il paziente; c) della riconoscibilità ed eseguibilità della regola cautelare da applicare nel caso concreto.
- Estensione da tre a sei mesi del termine per presentare querela nei casi di lesioni derivanti da colpa medica.
 - Introduzione della possibilità di applicare, previo consenso del soggetto attivo e della persona offesa, ai delitti di lesioni od omicidio cagionati per colpa medica istituti di matrice riparativa, come la mediazione penale e la conciliazione della controversia, ricollegando all'adeguato espletamento di tali programmi riparativi efficacia estintiva del reato.
 - Coordinamento della normativa penale con quella civile in tema di responsabilità medica, con particolare riferimento ai metodi di *Alternative Dispute Resolution*.
 - Rafforzamento dei vincoli normativi in materia di prevenzione e gestione del rischio clinico a carico delle strutture sanitarie, e introduzione di un obbligo di costituzione di un fondo apposito per l'erogazione dei risarcimenti alle vittime di *medical malpractice*, onde sottrarsi dalle logiche lucrative connesse alla stipula di polizze assicurative.

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: PERCORSI EVOLUTIVI CULTURALI, GIURIDICI E SOCIALI

Grazia Mannozi

SOMMARIO: – 1. Introduzione. – 2. Assunto di fondo: la giustizia riparativa come una forma pre-moderna ma non anti-moderna di soluzione delle controversie. Esplicitazione. – 2.1 La giustizia riparativa come pre-diritto. – 2.2 La giustizia riparativa come meta-diritto. – 3. Primo orizzonte: la giustizia riparativa come fenomeno *culturale*. – 3.1 La percezione del reato. – 3.2 L'individuazione della vittima. – 3.3 Le variazioni del linguaggio. – 4. Secondo orizzonte: la *normatività* della giustizia riparativa. – 4.1 Il livello teorico-giuridico della giustizia riparativa in generale e della mediazione in particolare. – 4.2 I livelli tipologico, strutturale e territoriale degli strumenti riconducibili alla giustizia riparativa. – 5. Terzo orizzonte: la giustizia riparativa come fenomeno *sociale*. – 6. Alcune considerazioni conclusive ed una avvertenza.

1. Introduzione

Tracciare le linee evolutive della giustizia riparativa (o, secondo un anglicismo ormai invalso, della *restorative justice*), soprattutto in prospettiva comparatistica, implica un percorso di riflessione che, lungi dal poter essere limitato alla mera normatività del fenomeno, richiede di essere esteso ai formanti culturali e ai mutamenti sociali che, rispettivamente, si pongono all'origine e costituiscono gli effetti della giustizia riparativa stessa.

Uno sguardo d'insieme sulla *restorative justice*, che non trascuri tuttavia taluni dettagli significativi, credo inoltre possa essere agevolato dal ricorso ad una metafora che fungerà, in questo caso, non tanto da *indicatore di similitudine* tramite l'assegnazione di una identità – come spesso avviene nell'ambito del diritto – bensì da semplice chiave di lettura¹.

(*) Ringrazio Giovanni Angelo Lodigiani, docente di Etica presso l'Università di Pavia e componente del Comitato Etico del IRCCS Policlinico S. Matteo di Pavia, per aver discusso con me temi e questioni relativi allo spirito della riconciliazione e alle potenzialità della mediazione in ambito sanitario.

¹ Nell'ambito del diritto, alle metafore si ricorre per indicare in modo comprensibile, e perciò concettualmente afferrabile, oggetti per lo più privi di sostrato naturalistico, realtà virtuali o puramente giuridiche o, ancora, dinamiche economiche: si pensi ai termini «negozio giuridico», «persona giuridica», «scalata societaria». Normalmente le metafore fungono da elementi rappresentativi di realtà che appartengono all'«arredamento del mondo», con ciò mantenendo la loro funzione di *indicatori di similitudine*, svolta mediante la sostituzione verbale della *similitudine* con un'identità. In concreto, viene gettato un ponte tra due 'domini concettuali': quello *sorgente*, in cui la parola viene assunta nel suo *significato proprio*, e quello *bersaglio*, in cui la parola viene assunta nel *significato metaforico*. Cfr. F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010, 20.

Richiamo perciò, pur senza che ce ne sia bisogno perché noto a tutti, un passo de *L'Infinito* di Giacomo Leopardi, in cui prende corpo la visione poetica che si spinge oltre un ideale 'confine', segnato dalla siepe del colle di Recanati.

Ma sedendo e mirando, interminati
spazi di là da quella, e sovrumani
silenzi, e profondissima quiete
io nel pensier mi fingo, ove per poco
il cor non si spaura.

Nell'economia di questo *excursus* sull'evoluzione della giustizia riparativa, la metafora poetica è funzionale a scandire idealmente quanto si può intravedere oltre la 'siepe' del diritto penale, con la sua trama fitta di norme, saldamente ancorata al 'colle' dell'ordinamento giuridico attraverso un solido 'apparato radicale', costituito dai principi che tengono insieme l'ordinamento stesso. Aggiungo inoltre che quanto più la 'siepe' è fitta e alta, quanto più ci si trova in un contesto di *summum ius* – che è dire di pan-penalizzazione rivolta *in progress* e sempre più manifestamente ai nuovi marginali, equivalente moderno delle c.d. «classi pericolose» – tanto più l'orizzonte delineato dal diritto penale diventa un orizzonte chiuso, totalizzante, esclusivo ed autoreferenziale, nel senso che tiene fuori dai propri confini ciò che è 'altro', che è culturalmente e strutturalmente diverso, che parla un linguaggio differente da quello delle norme incriminatrici attraverso cui l'ordinamento cerca (o forse, potremmo dire, si illude) di mantenere la pace sociale.

Quali sono allora, se ci sono, gli «interminati spazi» in cui cercare strumenti extra-penalistici di soluzione delle controversie? Quali sono i «sovrumani silenzi» in cui scompare lo *strepitus fori* e il conflitto trova una dimensione risolutiva interpersonale e comunitaria? Qual è la «profondissima quiete» che contraddistingue un risultato di pacificazione sociale, ottenuto mediante il superamento del conflitto con strumenti dialogici² e la cessazione dei bisogni di vendetta o di pena?

Credo dunque che i versi leopardiani possano, loro malgrado, guidare al disvelamento di quegli ulteriori orizzonti che, schiudendosi progressivamente come cerchi concentrici oltre l'intricata 'siepe normativa' penalistica, delineano i principi, le modalità e le tecniche di soluzione delle controversie atti a condurre al superamento di una risposta mera-

² Sul superamento della logica della ritorsione a favore di dinamiche conciliative, anche in un'ottica di recupero di una visione autenticamente democratica del diritto penale e della società, vedi C. MAZZUCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*, in I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in castigo*, Milano, 2006, 115 s. Della stessa A. vedi l'intero capitolo II del volume *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, Roma, 2005 (123-206).

mente repressiva, e perciò a rimodulare l'idea di «necessità della pena», sull'assunto che la pena è essa stessa *mimesis* della violenza che intende combattere.

2. Assunto di fondo: la giustizia riparativa come forma pre-moderna ma non anti-moderna di soluzione delle controversie. Esplicitazione

Oltre il diritto penale – ma più correttamente potrei dire, in una prospettiva diacronica, *prima* e *dopo* il diritto penale – c'è la *giustizia riparativa*.

Forma *pre-moderna* ma non *anti-moderna* di soluzione delle controversie, la giustizia riparativa si colloca tra le esperienze di *pre-diritto* (mi riferisco ai modelli di soluzione delle controversie tipici delle c.d. «società semplici») ma rappresenta anche l'ipotesi più convincente di *meta-diritto* (ponendosi come modalità di gestione dei conflitti nelle società postmoderne ad alta complessità, che hanno sperimentato il diritto penale della *rule of law* e la sua crisi).

Qualche riflessione si rende, *in limine*, necessaria per chiarire il mio assunto, a partire da alcune considerazioni circa la giustizia riparativa come forma pre-moderna di *problem solving*.

2.1 La giustizia riparativa come pre-diritto

Nell'evoluzione verso modelli di giustizia che si fondano su componenti compensativo-satisfattorie, l'apporto dell'antropologia giuridica può essere considerato, come è noto, quanto mai significativo³. I primi studi che hanno ipotizzato il ritorno a forme «privatistiche» di composizione del conflitto ovvero, più in generale, a paradigmi 'alternativi' alla risposta penalistica – fondata sul binomio irriducibile reato/sanzione – sono stati proprio quelli che hanno indagato il microcosmo delle comunità africane o centro-americane o neozelandesi, in cui il percorso di mediazione e/o riparazione preesiste al diritto e, una volta assunto a tecnica di composizione del conflitto, si pone in alternativa funzionale rispetto al processo penale classico⁴.

Tra i più citati nella letteratura di settore, è lo studio di Gibbs sulla forma di mediazione («moot») in uso nella comunità Kpelle della Libe-

³ Cfr. G. COSÌ, *Giustizia senza giudizio. Limiti del diritto e tecniche di mediazione*, in A. MOLINARI, A. AMOROSO (a cura di), *Criminalità minorile e mediazione*, Milano, 1998, 188.

⁴ Rileva il carattere «universale nella sua transculturalità» delle esperienze di soluzione informale delle dispute di tipo conciliativo, G. COSÌ, *Giustizia senza giudizio*, cit., 188 s., il quale ricorda come anche nel confucianesimo e nel buddhismo venga incoraggiato l'informalismo nella soluzione dei conflitti.

ria⁵, da cui emergono le macro-caratteristiche strutturali del «moot», processo informale nel cui svolgimento è coinvolta, ma non con la funzione meramente 'passiva' dello spettatore, la comunità, *rectius* quella parte di essa in cui il conflitto si è verificato.

Le citazioni potrebbero essere estese alle ricerche di Gulliver sulla mediazione coreana⁶ o agli studi di Gluckman sul metodo Barotse di soluzione del conflitto⁷, o ancora al lavoro di Bohannan sulla comunità «Tiv»: al di là della varietà dei modelli conosciuti, ciò che importa sottolineare è il valore della scoperta che in molte società, soprattutto in quelle africane, esistono forme di composizione del conflitto (*settlement*) del tutto peculiari, le cui caratteristiche sono l'*informalità*, la «*quasi-legalità*», la *supplementarietà* rispetto al processo penale⁸.

Ampliamente riferite dagli antropologi sono inoltre le modalità di soluzione delle controversie in uso nella comunità aborigena neozelandese Maori, che peraltro ha dato luogo alla pratica del *family group conferencing*, con cui attualmente viene gestito, attraverso un binario parallelo ma con punti di raccordo con il processo penale, circa l'80% della criminalità minorile in Nuova Zelanda⁹.

Non occorre tuttavia rifarsi a modelli e pratiche extra-europee per trovare forme di composizione 'privatistiche' delle controversie di tipo riconciliativo-satisfattorio, poiché queste ultime hanno una tradizione consolidata anche in Europa.

Mi riferisco, ad esempio, alla tradizione in uso nel Peloponneso (e precisamente nella regione del Mani) detta *psychadelphosyne* (ψυχαδελφοσυνη), o «fratellanza dell'anima», o anche alle forme di conciliazione tipiche di

⁵ J.L. GIBBS, *The Kpelle moot*, in P. BOHANNAN, *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, New York, 1967, 277 ss.

⁶ P.H. GULLIVER, *Dispute Settlement without Courts: the Ndendenli of Southern Tanzania*, in L. NADER (a cura di), *Law in Culture and Society*, Chicago, 1969.

⁷ M. GLUCKMAN, *The Judicial Process among Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, 1955.

⁸ J.L. GIBBS, *The Kpelle moot*, cit., 277.

⁹ Il *family group conferencing* come pratica di risoluzione dei conflitti (si tratta di una mediazione allargata ai gruppi parentali) è stato sperimentato inizialmente, alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, in Nuova Zelanda, esclusivamente nel settore della giustizia minorile, attingendo al paradigma di soluzione delle controversie in uso nella comunità aborigena Maori. Cfr. A. MORRIS, G. MAXWELL, *Family Group Conferences in New Zealand: Assessing the Place, Potential and Pitfalls of Restorative Justice*, in A. CRAWFORD, J. GOODEY, *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice*, Aldershot, 2000. V. anche A. MORRIS, G. MAXWELL, *Restorative Justice in New Zealand: Family Group Conferences as a Case study*, in *Western Criminal Law Review*, 3 della versione disponibile alla seguente url: <<http://wcr.sonoma.edu/v1n1/morris.html>>; C. ALDER, J. WUNDERSITZ, *New Directions in Juvenile Justice Reform in Australia*, in C. ALDER, J. WUNDERSITZ, *Family Group Conferencing and Juvenile Justice*, Canberra, 1994.

talune realtà regionali italiane, volte alla conciliazione in vista del bene comune e in particolare alla cessazione dei conflitti alimentati dallo spirito di vendetta.

Riporto qui un brano tratto dal resoconto di viaggio di P.L. Fermor – in cui è descritta la soluzione di contese arcaiche per il predominio familiare sul territorio del Mani – che rappresenta una pagina splendida quanto poco nota di antropologia culturale, di grande interesse soprattutto per il giurista.

[...] le consuetudini maniote offrivano anche altre soluzioni. Se la parte perdente voleva evitare l'annientamento poteva invocare uno *psychikó*, una «cosa dell'anima». Tutta la famiglia, preceduta dai capi, disarmati, in abito dimesso, a testa china e col cappello in mano, in atteggiamento di sottomissione come i borghesi di Calais, si avvicinava ai membri della parte avversa, che sedevano armati fino ai denti nella *rouga*. Baciavano la mano di coloro che avevano avuto figli uccisi e chiedevano perdono. Il perdono veniva graziosamente concesso e i vincitori dettavano le condizioni della coesistenza nel villaggio di cui ora assumevano il comando¹⁰.

Questa pratica, che solo in apparenza somiglia ad una resa unilaterale, ha il suo nucleo fondamentale nella spontanea richiesta di perdono, in un atto cioè di riconoscimento del male arrecato con contestuale dichiarazione espressa di pentimento. A partire dall'offerta di scuse rituali, si può arrivare ad una forma di transazione (che tuttavia non è propriamente una *mediazione*) in cui la cessazione della faida viene barattata con la sottomissione alle regole dei 'vincitori'.

Ancor più interessante è peraltro una ulteriore procedura riconciliativa maniota, ancora più complessa e rituale della precedente, solitamente posta in essere a seguito dell'uccisione, per lo più accidentale, di un membro isolato di una famiglia.

Nel caso dell'uccisione isolata del membro di una famiglia, senza nesso con la politica generale delle due parti, se si dimostrava che l'uccisione era avvenuta per errore o in stato di ubriachezza, o se le due famiglie avevano legami di alleanza, di sangue o di paragone, le conseguenze rituali si potevano evitare con l'offerta, da parte della famiglia rea, della *psychadelphosyne*, o fratellanza dell'anima. La famiglia esprimeva dolore e sincero pentimento, e l'uccisore si rendeva protettore speciale e benefattore della famiglia colpita. A differenza dello *psychikó* questa soluzione era ugualmente onorevole per entrambe le parti e segnava spesso l'inizio di un vincolo indissolubile. Tutte queste cose erano regolate da un consiglio locale di anziani detto *Gerontiki*, la sola istituzione inferiore al bey e all'*archikapetan*

¹⁰ P.L. FERMOR, *Mani. Viaggi nel Peloponneso* (1958), Milano, 2006, 123.

che mantenesse una parvenza d'ordine nel Mani. [...] Superfluo dire che due nikliani¹¹ potenti risolti a combattersi non badavano affatto al parere del consiglio. Ma a volte, quando una guerra di villaggio durava da anni, con parità di perdite e distruzioni da entrambe le parti e senza alcun possibile verdetto in vista, i contendenti erano lieti di accettare la conciliazione del *Gerontiki*. La pace finale – detta con termine appropriato *agape* – veniva conclusa con un incontro nella *rouga*. Là, in mezzo alle rovine, le due parti si rappacificavano, letteralmente tra baci e abbracci, bevevano all'amicizia dalla stessa tazza, facevano reciproche visite di cerimonia. Le “agapi” erano molto spesso durevoli¹².

La *psychadelphosyne* è dunque una pratica riconciliativa tipica delle comunità *arcaiche*, più che delle c.d. comunità *semplici*, la quale presenta aspetti di grandissimo interesse giuridico-antropologico: tale modello di riconciliazione si fonda infatti su un *facere* inclusivo della richiesta di perdono e della concretezza di forme di riparazione attraverso le quali l'autore dell'omicidio (condotta che, a quanto si legge, non deve essere stata intenzionale) diventa appunto «protettore/benefattore» della famiglia della vittima.

Riparazione, richiesta di perdono, offerta concreta di riparazione sono dunque gli ingredienti che portano, nella tradizione maniota, alla mediazione del conflitto, siglata dalla pace durevole – la *agapi* (αγάπη), appunto – termine non a caso intriso di significati che rinviano al «sistema invisibile dei sentimenti»¹³.

Forme di riconciliazione per alcuni aspetti analoghe a quelle del Mani, in quanto legate al superamento dei conflitti tra famiglie interessate da faide tali da poter condurre all'annientamento reciproco dei contendenti, esistevano anche nella Sicilia dell'Ottocento.

Il brano riportato qui di seguito descrive un caso di intervento riconciliativo posto in essere da parte di un boss mafioso e sollecitato addirittura dall'autorità di polizia locale.

Da dieci anni due famiglie si scannavano a vicenda e una vendetta chiamava l'altra. Erano già morti quattro da una parte e quattro dalla parte avversaria e ogni volta il maresciallo andava in bestia perché cercava un responsabile e ne trovava venti che poi i giudici dovevano assolvere in quanto un coltello non può essere impugnato da venti persone nello stesso istante.

¹¹ Esponenti di spicco delle famiglie maniote che avevano la supremazia sul territorio. Il termine *nicklianos* indicava originariamente una sorta di aristocrazia militare e terriera della Grecia postbizantina [n.d.a.].

¹² P.L. FERMOR, *Mani. Viaggi nel Peloponneso*, cit., 123 s.

¹³ Mutuo l'espressione, con il carico di significati ad essa sottesi, da M. GIOJA, *Dell'ingiuria, dei danni*, Torino (edizione del Librario Paravioini), 1859, 201.

Un giorno disse a Don Ferdi: «Metteteli d'accordo voi». La domenica successiva le due famiglie, 80 persone in tutto, convennero in uno spiazzale, ... Portarono agnelli arrostiti, fichi secchi, ... frutta, vino, ... I discorsi furono improntati alla più sincera cordialità. Poi ci fu il bacio della conciliazione: gli uomini si baciarono tra di essi e così le donne. Nei mesi seguenti cominciarono i matrimoni tra i giovani delle due famiglie¹⁴.

Anche in questo caso, come nell'esperienza maniota, la mediazione è vista come strumento di pacificazione sociale e soprattutto è funzionale a logiche di autoconservazione del gruppo. Osserva al riguardo Pino Arlacchi:

[...] Il potere di mediazione detenuto dal mafioso – e la coercitività delle sue deliberazioni – rappresentano un ostacolo allo sviluppo incontrollato dei più gravi fenomeni di disgregazione causati dalla competizione per l'onore familiare. Le faide, infatti, sono particolarmente temute dalla popolazione locale, a causa degli effetti di disorganizzazione sociale generale indotti dalla loro durata e dalla tendenza a esse intrinseca verso il coinvolgimento di gruppi parentali e familiari sempre più ampi¹⁵.

In definitiva, la ricerca antropologico-giuridica incentrata sulla amministrazione della giustizia 'del quotidiano' propria delle società arcaiche (o, addirittura, delle società 'semplici') offre dunque le coordinate essenziali di un modello di soluzione dei conflitti connotato dalle seguenti caratteristiche:

- (a) atmosfera informale;
- (b) coinvolgimento della comunità nella gestione della controversia;
- (c) verifica del grado di condivisione, da parte della comunità, del punto di vista delle due parti in conflitto;
- (d) tentativo di favorire una soluzione consensuale del conflitto;
- (f) valenza terapeutica del processo di mediazione¹⁶;
- (f) interesse alla ricostituzione dell'armonia sociale all'interno della comunità;
- (g) orientamento del risultato *alla comunità* e non, in via esclusiva, agli interessi delle singole parti.

Inutile dire che non tutte le caratteristiche sopra elencate sono applicabili alla mediazione che avviene a tutt'oggi tra famiglie o clan in contesti

¹⁴ Il brano è citato da P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Milano, 2007, 54 s.

¹⁵ P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, cit., 52.

¹⁶ Vedi, in particolare, J.L. GIBBS, *The Kpelle moot*, cit., 277 e 284.

ad alta densità mafiosa, dove la mediazione – che può avere una componente coercitiva tale da snaturarne l'essenza e da annientarne lo 'spirito' – è funzionale il più delle volte, oltre che alla stabilizzazione del conflitto, al consolidamento del potere e dell'onore dei boss¹⁷.

Lasciando sullo sfondo questi profili differenziali, peraltro di grande interesse ma che esulano dall'economia del presente discorso, mi è possibile pertanto formulare una prima, quanto provvisoria conclusione: la conciliazione extragiudiziale dei conflitti tra individui, famiglie allargate o tra gruppi, affidata a soggetti al vertice dei *clan* in funzione di mediatori e basata su un ritualismo specifico, sebbene comunemente ricondotta alle esperienze delle comunità semplici aborigene, australiane, neozelandesi o centroamericane, non è affatto estranea alla cultura europea. Senza voler rivendicare a tutti i costi primazie o autonomie rispetto a modelli descritti nella migliore letteratura antropologico-giuridica straniera, vorrei qui semplicemente sottolineare come la riparazione e la riconciliazione siano pratiche profondamente radicate anche in talune realtà etnico-geografiche del mediterraneo e come lo spirito della 'riconciliazione' attraverso la tradizione vetero-testamentaria ed evangelica. È sul recupero di tali antichissime componenti culturali e del valore intrinseco delle prassi mediatriche esistenti, queste ultime depurate dagli elementi meno nobili o intrisi di autoritarismo, e nella prospettiva di porre rimedio allo 'straniamento' dell'amministrazione di una giustizia sempre più distante dai cittadini e dalle vittime, che si deve dunque lavorare per l'affermazione di una mediazione moderna, laica, libera da retaggi arcaici o tribali. Affinché la scommessa della mediazione abbia *chances* di successo si profila dunque la necessità di promuovere, a partire dalla consapevolezza del nostro passato¹⁸, una cultura *moderna e autenticamente laica* della riparazione,

¹⁷ Sulle differenze tra la mediazione moderna e le forme di mediazione delle società arcaiche o di quelle 'sottoculturali', come può esserlo quella mafiosa, mi permetto di rinviare alle considerazioni da me svolte in *Victim-Offender Mediation in Areas Characterised by a High Level of Organised Crime*, in *Essays in Honour of Ralph Henahm* (in corso di pubblicazione).

¹⁸ A sostegno delle radici nazionali della cultura riparativa fondata sull'incontro tra l'autore del reato e la vittima può essere citato l'art. 459, § 3 del Codice criminale per gli Stati Estensi del 1855, che riguardo al delitto di ingiuria così disponeva: «§. 3. Potrà altresì il giudice, quando la parte offesa ne faccia istanza, dichiarare nello stesso giudizio tenuto l'autore dell'imputazione ad una scusa verso la medesima, od in caso di rifiuto al pagamento di una somma estendibile a lire cinquecento». Quello previsto dall'articolo 459 del Codice criminale per gli Stati Estensi era dunque un vero e proprio meccanismo 'riparativo' integrato non dalla semplice dazione di una somma di denaro, bensì da un *facere*, e cioè da una condotta – quella di porgere le scuse all'offeso – che prevedeva un incontro 'formale' tra autore e vittima e che aveva una valenza riparativa simbolica prima ancora che materiale. Condotta che non escludeva peraltro il risarcimento del danno, consentito anche in via solamente civile dall'art. 459, § 2, dello stesso Codice. Proprio questa 'convivenza' con l'istituto del risarcimento del danno starebbe a dimostrare

attivando canali di raccordo tra diritto e modelli riparatorio-riconciliativi, investendo sulla formazione dei mediatori ed estendendo il numero dei centri di mediazione sul territorio, come peraltro, già da tempo, avviene nei paesi del Nord Europa.

2.2 La giustizia riparativa come meta-diritto

Con queste brevi premesse sulla mediazione e la riparazione come pratiche di pre-diritto, mi accingo a svolgere alcune considerazioni minime circa la possibilità di scorgere nella mediazione e nella riparazione possibili modalità di gestione dei conflitti di rilevanza penalistica ‘ambientati’, per così dire, nelle società che si consolidano nell’epoca della globalizzazione e che si connotano per un sempre più spiccato pluralismo valoriale¹⁹.

Tanto in Europa, quanto nelle democrazie avanzate del continente americano, la mediazione – quale strumento principale della *restorative justice* – viene ri-acquisita come espressione di una visione autenticamente democratica della società, tramite indispensabile per il superamento delle concezioni di giustizia di tipo «metafisico»; nella sua anima più nobile e salvo quanto dirò più avanti²⁰, essa si pone, infatti, come un modello «politico» di giustizia, dove il termine politico – mutuato da Rawls – indica l’essere neutrali nei confronti delle immagini del mondo. In particolare, la concezione politica della giustizia costituisce «un modulo [...] che si adatta a varie dottrine complessive ragionevoli le quali

che la riparazione attraverso le scuse formali alla vittima *ex art. 459* fosse espressione della opportunità di riparare un’*offesa* – connaturata alla commissione del reato ma non quantificabile economicamente – secondo una modalità del tutto nuova, finalizzata *in primis*, per usare una terminologia di conio recente, alla ricostruzione della comunicazione sociale. È essenziale comunque rilevare che la condotta orientata alla riparazione simbolica dell’offesa prevista dal Codice penale estense corrisponde sostanzialmente alle c.d. *apologies*, richiesta formale di scuse (non rinforzata però dalla minaccia di pena per l’eventualità che il reo rifiuti di scusarsi con la vittima) considerata attualmente come una tra le più interessanti modalità riparative per reati lievi. La differenza di fondo tra il modello di scuse formalizzato nel Codice estense e quello attualmente riconosciuto nel documento ISPAC (vedi, *infra*, nt. 36) sta nella ‘volontarietà’ della condotta che è ora un requisito indispensabile e che fa sì che la riparazione stessa possa essere letta come un progresso nel difficile percorso di ri-acquisizione di una dimensione ‘normativo-sociale’ dei rapporti interpersonali da parte dell’autore di reato.

¹⁹ Nelle società contemporanee, caratterizzate da un ritorno all’individualismo, la libertà dell’individuo post-moderno, se da un lato conquista nuove forme di espressione, dall’altro deve fronteggiare nuovi nemici, tra i quali l’integralismo religioso, un risorgente puritanesimo dei costumi, manifestazioni autoritarie di ecologismo, tribalismi etnici, fino alla cristallizzazione di un ‘io’ edonista. Questa è la proposta ricostruttiva di A. LAURENT, *Storia dell’individualismo* (1993), Bologna, 1994, 114 s.

²⁰ Vedi, *infra*, § 6.

hanno una esistenza duratura nelle società da essa regolate, e trova in queste un sostegno»²¹.

All'interno del sistema giuridico, la mediazione rappresenterebbe allora un nucleo liberale, che prescinde da concezioni etiche o metafisiche della giustizia, il cui fondamento è da rinvenire su una base di *ragionevolezza*: corollario di tale premessa è che la mediazione può essere in grado di coagulare attorno a sé quello che Rawls chiama «consenso per intersezione», intendendo con ciò un consenso neutrale rispetto alle singole *Weltanschauungen*, tipico delle società moderne, caratterizzate al loro interno da un forte pluralismo religioso e culturale²².

La teoria della giustizia compatibile con una realtà sociale e dei rapporti umani attraversata da multiculturalismo e globalizzazione è ovviamente quella che non trascura le possibilità di addivenire a soluzioni condivise, di superare l'ordine *imposto* dall'alto per arrivare a un ordine *negoziato*²³.

Va sottolineato, a questo proposito, che la mediazione non è da considerare come un surrogato del processo legale, anche se talvolta (non sempre) lo può opportunamente sostituire: la mediazione è qualcosa di *altro*²⁴, cui le parti possono ricorrere solo se si verificano alcune caratteristiche del conflitto tali da renderlo appunto 'mediabile'²⁵, concernenti il *tipo di legame inter-personale*, la «*posta*» del conflitto o la *forza lesiva dello stesso*²⁶.

In definitiva, in una società improntata ad uno spiccato pluralismo, la giustizia dovrebbe identificarsi con un modello 'sincronico', che rende ragione del fatto che i diversi gruppi sociali tendono a generare il *proprio* diritto e ad avere istanze per sanzionarlo parallele a quelle del sistema

²¹ J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 1993, trad. it. *Liberalismo politico*, Milano, 1995, 30.

²² Per un approfondimento di questa prospettiva, vedi A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 28 ss.

²³ Sulla differenza tra ordine «negoziato» e ordine «imposto» vedi A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Milano, 2000, 742 s. Cfr. anche G. COSÌ, *Giustizia senza giudizio*, cit., 192 ss. (in part. 198).

²⁴ Cfr. S. CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996, 33; in part. 25-48, in cui l'autore offre una definizione della mediazione in termini 'negativi', indicando analiticamente e motivatamente che cosa 'non è' la mediazione.

²⁵ Mi permetto di rinviare, per uno sviluppo della questione della 'mediabilità' dei reati, alla bibliografia richiamata in un mio precedente lavoro: *Mediation and Criminal Law: Brief Notes on the Type and Seriousness of Mediable Crimes*, in M. LOHINIVA-KERKELÄ (a cura di), *Väkivalta*, Helsinki, 2006, 397 ss.

²⁶ Per una più approfondita trattazione dei singoli parametri atti ad orientare verso una soluzione negoziata dei conflitti ancora una volta mi riferisco ad altro mio precedente lavoro: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 18 s.

giudiziario statale²⁷. In altre parole, la giustizia dovrebbe iscriversi in un modello di Stato che riesca ad utilizzare oltre alle sole norme 'di comando' anche quelle norme che hanno una valenza di *regolazione* consensuale dei conflitti.

Quando è lo stesso Stato che «realizza all'interno del proprio sistema giudiziario procedimenti pluralisti che non contraddicono affatto la sua pretesa di esercizio monopolistico della giustizia»²⁸, si può parlare di una forma di «pluralismo giudiziario statale». È chiaro che lo Stato, proprio attraverso il diritto, respinge le istanze di giustizia 'non statuali' *disfunzionali* al sistema: si pensi alla giustizia dei 'clan' che gestiscono la criminalità organizzata o alla giustizia brutale di alcuni gruppi marginali o, ancora, a quella 'interna' di talune minoranze etniche²⁹, ovvero alla giustizia invocata in funzione dell'autoconservazione di privilegi economico-sociali. Viceversa, esso accoglie o addirittura incoraggia le istanze di giustizia 'non statuali' che sono espressione della libera associazione dell'individuo: il riferimento è alla giustizia dei sindacati, delle associazioni, ma anche della famiglia (che si esplica autonomamente tranne nel caso di disgregazione di quest'ultima).

Anche le istanze di giustizia 'statuali' che si fondano, anziché sulla logica del processo, e quindi sull'ordine 'imposto', sulla conciliazione e/o sulla riparazione del danno possono dunque essere funzionali ad una corretta e pacifica regolazione dei rapporti sociali. Sicché non appare del tutto condivisibile la tendenza dello Stato a riservare la conciliazione alla giustizia bagatellare o a quella 'dei deboli' – il riferimento è, *ratione materiae*, alla competenza del giudice di pace e, rispetto al 'tipo d'autore', alla competenza del Tribunale per i minorenni –, poiché essa cela la convinzione che l'ordine 'imposto' corrisponda meglio a una rappresentazione 'statocentrica' della giustizia, alla quale si può derogare solo quando siano in gioco dinamiche che non suscitano particolare allarme sociale. I reali profili di effettività della giustizia dimostrano tuttavia che una tale rappresentazione statocentrica della giustizia ha apparenze mentitorie: già la spinta centrifuga verso paradigmi compositivo-negoziali che si registra

²⁷ N. ROULAND, *Anthropologie juridique* (1988), trad. it. *Antropologia giuridica*, Milano, 1992, 427.

²⁸ *Ibid.*, 428.

²⁹ Ne rappresenta un esempio paradigmatico il codice barbaricino. La 'giuridicità' delle norme che regolano i rapporti nella comunità barbaricina è affermata e approfonditamente argomentata da A. PIGLIARU (*Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, 1975), il quale muove da un quadro teorico di pluralismo degli ordinamenti giuridici valido anche per il diritto penale, tradizionalmente ritenuto, più o meno tacitamente, di esclusiva pertinenza dello Stato. Sul rapporto 'dialettico' e non di alternatività assoluta tra i due ordinamenti – quello statale e quello, per così dire, folklorico – ciascuno dei quali pretende di regolare *iuxta propria principia* la vita dello stesso soggetto, vedi in part. 186 ss.

nel processo penale – si pensi alla pena patteggiata, che rappresenta una concessione all'ordine 'negoziato' delle parti quanto alla misura della pena – dimostra come l'ordine 'imposto' sia un gigante dai piedi di argilla³⁰. Analogamente, il recente d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 istituisce forme di mediazione facoltative e obbligatorie (di tipo 'compositivo' o 'propositivo') che ricercano un 'ordine negoziato' rinunciando all' 'ordine imposto' a fini prevalentemente deflattivi.

Lo scetticismo verso il paradigma conciliativo, 'cieco' rispetto alle indicazioni che provengono dalla storia o dalla prassi, può essere forse più correttamente considerato come l'indice inequivocabile di una scarsa attenzione dello Stato verso le molteplici potenzialità della mediazione. Viceversa, l'acquisizione della consapevolezza che la mediazione – per l'organizzazione di significato, per l'attivazione di istanze 'comunicative' e per la valenza di stabilizzazione sociale che possiede – potrebbe rappresentare il 'meta-diritto' delle *società complesse* può, a sua volta, determinare una inversione di rotta rispetto ai moduli di pensiero dominanti nell'età contemporanea.

La mediazione, allora, non andrebbe sbrigativamente considerata come vestigia del passato, retaggio della regolazione dei conflitti delle società semplici o arcaiche, o ancora come una deviazione utilitaristica dall'ordine 'imposto': in un'ottica moderna, essa rappresenta piuttosto un modo realmente 'secolarizzato' e pragmatico di *pensare la giustizia* e, prima ancora, un metodo democratico di affrontare le complesse dinamiche dei rapporti sociali nelle società 'globalizzate'³¹.

Senza contare che guardare alla mediazione, soprattutto nel settore penale, significa intraprendere un percorso di pacificazione sociale in cui la mediazione, per le profonde implicazioni filosofiche che presenta, lungi dal costituire una 'fuga dal diritto' a favore di opzioni abolizioniste o una elusione del processo con arretramento delle garanzie del *due process*, rappresenta invece uno *strumento 'metagiuridico' del diritto* volto a favorire una diversa «costruzione sociale del panico»³², a recuperare un corretto

³⁰ Sulla valenza dei procedimenti speciali (i c.d. giudizi alternativi) in funzione deflattiva, vedi R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in AA.VV., *L'effettività della sanzione penale*, Kluwer-Ipsos, 1998, 42 s. «[...] la procedura cessa di essere strumento volto ad una finalità esterna (la sanzione), predeterminata dalla legge: il rito alternativo appare piuttosto come mezzo teso ad adeguare la sanzione alle esigenze del sistema processuale, sia pur sul presupposto di paradigmi legalmente stabiliti» (43).

³¹ Sulle dinamiche socio-economiche delle società globalizzate vedi N. COURAKIS, *The Future of Criminology and the Criminology of the Future under the Shadow of Globalization*, in *The Contemporary Criminality, its Confrontation and the Science of Criminology, Essays in Honour of Professor James Farsedakis*, Anastasia Editore, 2010; una versione iniziale di questo testo è in *Youth, Crime and Society*, I, 2008, 21-25 (pubblicazione del Sociological Workshop of Youth, Leisure Activity and Sport dell'University of Aegean).

³² M. PAVARINI, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 296.

«modello di rapporto *sociale*»³³ e, in definitiva, a ricostituire la «normatività del rapporto *umano*»³⁴.

Con queste considerazioni essenziali, torno alla metafora di partenza, poiché è tempo di spingere lo sguardo oltre la siepe «rassicurante» di un diritto penale che storicamente è, al contempo, strumento di tutela delle vittime e *Magna Charta* del reo, per vedere come si struttura la giustizia riparativa e quali sono le coordinate teoriche e le dinamiche applicative che ne contraddistinguono, soprattutto all'estero, il percorso evolutivo.

Lo farò provando a descrivere i tre orizzonti della giustizia riparativa che mi sembra si aprano al di là del diritto penale: quello *culturale*, quello *normativo* e quello *sociale*.

3. *Primo orizzonte: la giustizia riparativa come fenomeno culturale*

La giustizia riparativa nasce inizialmente come movimento *culturale* in parte alimentato dalla crisi del diritto penale dei codici, in parte forgiato dall'emersione di prospettive criminologiche e politico-criminali a loro tempo innovative³⁵: il riferimento è, principalmente, alla vittimologia e al c.d. «abolizionismo penale», correnti di pensiero volte, rispettivamente, a proporre una nuova chiave di lettura del diritto penale e strumenti di profilassi sociale alternativi alla mera repressione, sia pure plasmata, quest'ultima, nelle forme più accettabili e rassicuranti della prevenzione speciale.

Con un metodo essenzialmente *bottom up*, le prime esperienze di mediazione e di riparazione, sperimentate agli inizi degli anni Settanta del secolo scorso in modo informale e asistematico, sono assurte a modelli, incerti e perfettibili, di quella che poi sarebbe stata la *victim-offender mediation*. A partire dal quel momento, la 'scatola degli attrezzi' della giustizia riparativa si è arricchita via via di nuovi strumenti, adatti a intervenire sulle controversie a seconda di almeno tre diversi fattori:

³³ Cfr. L. PICOTTI, (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 312.

³⁴ Fondamentali, sulla normatività del rapporto umano, le considerazioni di S. SATTA, *Il diritto questo sconosciuto*, in S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 124 ss.

³⁵ Esula da questa prospettiva, pur presentando profili di grandissimo interesse, la prospettiva della *cultura* come forma di *mediazione* (fenomeno legato al linguaggio, che 'media' tra l'essere e il mondo), a sua volta da contestualizzare nelle teorie costruzioniste. Per una sintetica ma efficace analisi dell'argomento rinvio al saggio di G. MANTOVANI, *Mediazione: prima funzione della cultura*, in F. SCAPARRO, *Il coraggio di mediare*, cit., 383-399.

- a. la *tipologia del conflitto o del reato*: dal bullismo scolastico ai reati più gravi e difficilmente trattabili – inclusi i maltrattamenti in famiglia, la violenza domestica, la violenza sessuale –, dai delitti colposi nell’ambito dell’attività medico-chirurgica ai delitti culturalmente motivati;
- b. la *tipologia delle vittime*: vittima individuale, vittime multiple, vittime deboli, ecc.
- c. la *tipologia di autore*: soggetto insensibile alla minaccia di pena, soggetto appartenente a sottoculture criminali, autore violento, colletto bianco, ecc.

La giustizia riparativa si è posta sin dall’inizio come un approccio dotato di grande flessibilità di ingresso nel sistema (fase pre-processuale, processuale, fase dell’esecuzione della pena e persino fase *c.d. post-release*) e di notevole duttilità operativa³⁶. Il cambio di paradigma determinato dal suo ingresso nel sistema è stato percepito a livelli diversi, che provo a riassumere nella seguente tassonomia.

3.1 La percezione del reato

Come forma di giustizia che «promotes healing»³⁷, che cerca cioè di ‘curare’ il male arrecato dal reo (attraverso il reato) alla vittima e/o alla comunità, la giustizia riparativa presuppone il superamento della concezione del reato come mera «violazione di una norma giuridica»³⁸ e l’accoglimento, viceversa, di una visione ‘allargata’ del fatto criminoso, che tiene conto della molteplicità delle possibili estrinsecazioni dell’offesa³⁹: tra queste, la

³⁶ Per una panoramica degli strumenti della giustizia riparativa vedi *An Overview of Restorative Justice Programmes and Issues*. Statement submitted by the International Scientific and Professional Advisory Council (ISPAC) al «Tenth United Nation Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders», A/CONF.187/NGO.13, 17 s. Cfr. anche *European Best Practices of Restorative justice in the Criminal Procedure 2010*. Vedi inoltre *Handbook on Restorative Justice Programme*, United Nations, New York, 2006.

³⁷ La formula è di D. VAN NESS, K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, Cincinnati, 1997, 32 ss.

³⁸ S. BARRY, *Circle Sentencing. Mediation and Consensus: Turning Sword into Ploughshares*, in *Accord*, 1995, 1.

³⁹ Cfr. H. ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, 1990, 80 s. e 181 ss., il quale osserva come, in un modello di giustizia di tipo retributivo, la giustizia si sostanzia nella applicazione della legge, sicché il crimine è necessariamente definito come «violazione della legge» (*lawbreaking*). L’enfasi posta sulla violazione delle regole implica, a sua volta, il fatto che i concetti di *reato* e di *colpevolezza* diventino puramente normativi e che perciò ogni questione morale e sociale ad essi correlata non sia semplicemente secondaria bensì del tutto irrilevante. In un modello riparativo, invece, il reato è visto come violazione di un *individuo* e delle *relazioni sociali* che esso instaura e/o mantiene (*violation of people and relationships*), che crea l’obbligo alla riparazione (*obligation to make things right*) (181).

radicalizzazione del conflitto autore-vittima che il reato stesso tende inevitabilmente a generare, ma anche il disagio in cui vengono gettate le vittime, l'isolamento o la marginalizzazione che può subire il reo da parte della stessa comunità di appartenenza o, infine, il senso di insicurezza che la reiterazione di specifiche condotte criminose può ingenerare nella collettività⁴⁰. Dallo specifico punto di vista della giustizia riparativa, dunque, il 'reato' non si esaurisce in una condotta che provoca una frattura dell'ordine imposto dai codici e che perciò, essendo disvolta dall'ordinamento, richiede una 'giusta' pena, ma diventa espressione di una realtà molto più complessa, che si compone di offese multiple, in quanto molteplici sono i soggetti che possono risentire negativamente del fatto criminoso⁴¹.

La prospettiva vittimologica diventa allora la chiave di volta per un approccio 'globale' al reato – che implica la presa in carico del 'conflitto allargato' –, approccio che si fonda, a sua volta, su una visione olistica del comportamento anti giuridico assunto essenzialmente nella dimensione dell'*offesa*⁴².

3.2 L'individuazione della vittima

Il cambio di paradigma operato dalla giustizia riparativa a livello culturale si riverbera, sotto il profilo giuridico-criminologico, anche nella individuazione della 'vittima' del reato.

Tradizionalmente e secondo una nozione per così dire 'allargata', la vittima viene identificata con il soggetto titolare del bene giuridico protetto dalla norma penale, il quale risente, primariamente o secondariamente, della commissione del reato con sofferenza o con dolore⁴³. Nella prospet-

⁴⁰ In prospettiva filosofica, vedi F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della «Restorative Justice»*, Milano, 2010, 190 ss.

⁴¹ H. ZEHR, *Changing Lenses*, cit., 31, dove si afferma testualmente: «restorative justice advocates view crime as more than simply law-breaking, an offense against governmental authority; crime is understood also to cause multiple injuries to victims, the community and even the offender». Cfr. anche S. SCHAFER, *Restitution to Victims of Crime*, London-Chicago, 1960, secondo il quale il reato «gives rise to legal nexa not only between the violator and society but between the violator and his victim. Crime upsets the balance not only between the criminal and the society, but between the criminal and the individual victim» (118).

⁴² H. ZHER, *Changing Lenses*, cit., 181- 186.

⁴³ La definizione, ormai universalmente accettata, è di H. VON HENTING, *Das Verbrechen*, Göttingen-Heidelberg, II, 1962, 488. Cfr. anche la *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* delle Nazioni Unite in cui si propone una nozione molto ampia di vittima: «A person may be considered a victim, under this Declaration, regardless of whether the perpetrator is identified, apprehended, prosecuted or convicted and regardless of the familial relationship between the perpetrator and the victim. The term "victim" also includes, where appropriate, the immediate family or dependants of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization» (art. 2).

tiva della giustizia riparativa, la nozione di vittima viene invece estesa sino ad includere, laddove esista e sia riconoscibile, anche la comunità che è stata 'teatro' del conflitto, sicché l'offerta di riparazione si può tradurre in un *facere* rivolto alla comunità e non direttamente ed esclusivamente alla vittima del reato in senso stretto.

Rispetto alla mediazione penale, in particolare, vengono peraltro in rilievo alcuni profili di problematicità nell'individuazione delle vittime.

Una questione che non ha ancora trovato una soluzione soddisfacente è infatti quella volta a delineare i requisiti ideali della vittima capace di entrare in mediazione. Il punto di arrivo della riflessione criminologica porta a individuare i requisiti della «vittima ideale» per intraprendere una mediazione nei seguenti fattori:

- a. la capacità di perdono (a sua volta condizionata dall'etica individuale o religiosa);
- b. la capacità di rinunciare alla richiesta di pena;
- c. la capacità di affrontare il percorso di mediazione;
- d. l'assenza di timore nei confronti del reo.

Dall'insieme dei suindicati fattori si può desumere, in primo luogo, come, rispetto al novero dei reati astrattamente mediabili, le caratteristiche personologiche della vittima possano incidere sulle possibilità di *accesso alla mediazione*, provocandone una significativa riduzione. In secondo luogo, va osservato come la vittima 'ideale' rispetto ad una gestione extra giudiziale del conflitto, laddove si riconoscano ad essa le caratteristiche sopra indicate, sia non già una vittima *debole*, bensì, mi si conceda il paradosso, una vittima *forte*.

Quanto detto vale prevalentemente rispetto alla mediazione tradizionalmente intesa, il cui momento centrale e fondante è il c.d. «incontro faccia a faccia» tra vittima e autore del reato, momento che presenta spesso le note di una situazione di grande impatto emotivo. Ciò non toglie che proprio la duttilità dello strumento «mediazione» possa far sì che quest'ultima venga adattata alle esigenze di una vittima caratterizzata da una condizione di estrema vulnerabilità, insicurezza o debolezza.

3.3 *Le variazioni del linguaggio*

Rispetto alla gestione penalistica delle controversie, la giustizia riparativa ha promosso un cambiamento culturale talmente significativo che i suoi effetti si sono riverberati immediatamente sull'uso del *linguaggio*: da un linguaggio *intrinsecamente autoritario e funzionalmente impositivo* si è passati ad introdurre – anche nel mondo del diritto – un linguaggio *intrinsecamente empatico e funzionalmente cooperativo*.

La novità appare incommensurabile, implicando il parziale superamento della necessità di *proiezione verso l'esterno* propria dell'intervento penalistico, che si è avvalso, in un passato non troppo lontano, di una

spettacolarità simbolica con valenza comunicativa e di orientamento delle condotte. Le «feste patibolari»⁴⁴, come direbbe Cordero, o lo «splendore dei supplizi»⁴⁵, per dirla con Foucault, lo stesso ritualismo sacrale del processo⁴⁶, hanno concorso a forgiare un linguaggio intriso anche di residui mistici, capace di far leva sull'efficacia comunicativa della visione, sulla memoria delle immagini, volte a far imprimere nella mente dei destinatari il rapporto di corrispondenza biunivoca tra reato e pena, traduzione secolarizzata della più risalenteendiadi peccato-castigo. La minaccia e l'esecuzione delle pene sono diventate, in tal modo, al pari della lingua giuridica colta, parte del processo di 'costruzione' del consenso sociale e di una coscienza collettiva fondata dapprima sul timore della sanzione e, successivamente, sull'interiorizzazione dei precetti.

La giustizia riparativa cambia siffatto scenario, che è appunto *culturale* prima ancora di essere *lessicale*, secondo una circolarità, immanente ai rapporti tra lingua e diritto, la quale è a sua volta il portato della continua retroazione tipica della dialettica incessante tra *pensiero* e *linguaggio*. Non a caso, il linguaggio della giustizia riparativa ci appare immediatamente come qualitativamente e lessicalmente diverso da quello del diritto penale, *in primis* poiché i due fenomeni rispondono a logiche e a dinamiche operative differenti.

Se si osserva in particolare la mediazione, appare evidente come essa, alla *pubblicità* del processo, opponga la *riservatezza* dell'incontro di mediazione; alla *logica* del processo, che fa di quest'ultimo un gioco a somma zero quando non a somma negativa, opponga modalità *dialogiche e cooperative* che rendono, in generale, i modelli di soluzione extra-giudiziale dei conflitti paragonabili ad un gioco a somma positiva⁴⁷; alla *funzione deterrente* indistintamente orientata alla generalità dei consociati opponga una funzione di rafforzamento degli standard morali *orientata alla comunità*,

⁴⁴ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, 68.

⁴⁵ Sulla pubblicità dei supplizi restano insuperate le pagine iniziali del saggio di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, Torino, 1976, 35 ss.

⁴⁶ Sulle ragioni fondanti della solennità dei testi giuridici vedi le considerazioni di H.E.S. MATTILA, *Comparative Legal Linguistics*, Ashgate, Aldershot, 2006, 93 ss., il quale include un certo conservatorismo dei giuristi.

⁴⁷ Dal punto di vista del risultato, il processo può essere paragonato ad un gioco a somma zero, in cui c'è sempre una parte che vince e una che perde. Al contrario, la mediazione tende a restituire alle parti il conflitto 'artificiosamente' sottratto loro dallo Stato e, nella logica del risultato, almeno quando riesce, corrisponde ad un gioco a somma positiva, in cui nessuno 'perde' e anzi ciascuno 'vince' qualcosa, sia pure dopo reciproche concessioni tra le parti. Cfr. S. CASTELLI, *La mediazione*, cit., 40. L'autore, in una breve divagazione sulla teoria dei giochi, sottolinea il rapporto che c'è fra la predisposizione di una strategia comportamentale e la *comunicazione*, sottolineando come, spesso, proprio la mancanza di comunicazione fra due o più soggetti induca le parti a scegliere un modello comportamentale di tipo autolesivo, *rectius*, atto a trasformare la dinamica conflittuale in un gioco a somma negativa (34-40).

nonché l'attivazione di dinamiche auto-responsabilizzanti e di interiorizzazione dei precetti indirizzate all'autore di reato⁴⁸.

Nella mediazione la parola si fa *atto*, ma non in senso *verticale* e *verticistico* – come ad esempio avviene attraverso l'espressione «il Tribunale di ... condanna» – bensì in senso *orizzontale* e *paritario*, attraverso il doppio veicolo costituito dalle *scuse formali* (*apologies*) rivolte dal reo alla vittima e dalla *dichiarazione di accettazione* delle scuse espressa dalla vittima. È parola che comunica e che persuade, spegnendo la violenza⁴⁹.

Alla base di tali trasformazioni del linguaggio si pone una triangolazione del rapporto tra *legge*, *autorità* e *individuo* autonoma e differenziata rispetto a quella che caratterizza l'universo penale-processuale.

Mentre il diritto implica una risposta *indiretta* di colui che ha offeso – si risponde *alla legge* 'attraverso' il giudice – la mediazione implica una risposta *diretta* all'altro perché indirizzata, *attraverso la legge*, alla vittima. Tale 'immediatezza' di rapporto è propria della morale. «Quel che è veramente importante e innovativo nella mediazione/riparazione è che all'impersonalità della trama giuridico-penale si sostituisce la relazione diretta tra persone»⁵⁰.

4. Secondo orizzonte: la normatività della giustizia riparativa

L'ulteriore orizzonte, che si apre a partire dalla considerazione della giustizia riparativa come fenomeno culturale, restituisce la dimensione della *normatività* di strumenti e metodi della giustizia riparativa stessa. Anche qui il percorso è *in progress* e ha preso le mosse dalle esperienze di mediazione e riconciliazione avviate pionieristicamente negli Stati Uniti e in alcuni paesi europei a partire dagli anni Settanta.

Nell'impossibilità di rendere conto della ricchezza degli istituti riconducibili alla *restorative justice*, della multiformità delle esperienze concrete, delle diverse possibilità di raccordo tra la mediazione (per citare solo il principale strumento della giustizia riparativa) e il processo, mi limiterò ad indicare quali fenomeni normativi presentano la maggiore rilevanza

⁴⁸ In particolare, le fondamentali direttrici di intervento della giustizia riparativa sembrano possedere un effetto autoreponsabilizzante poiché consentono di lavorare specificamente su almeno tre delle tecniche di neutralizzazione descritte da Sykes e Matza: la «negazione della propria responsabilità», la «minimizzazione del danno» e la «negazione della vittima». Cfr., al riguardo, G. SYKES, D. MATZA, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, in *American Sociological Review*, 1957, vol. 22, 664 ss. Una argomentazione più ampia della valenza autoreponsabilizzante legata al superamento delle tecniche di neutralizzazione è nel precedente mio, *La giustizia senza spada*, cit., 115-123.

⁴⁹ Cfr. le considerazioni di G. REALE, *Saggezza antica. Terapia per i mali dell'uomo d'oggi*, Milano, 1995, 109.

⁵⁰ A. DELOGU, *Etica della mediazione*, in F. MOLINARI, A. AMOROSO (a cura di), *Criminalità minorile e mediazione*, Milano, 1988, 92.

teorico-pratica e quali sono i relativi nodi problematici che, almeno nel nostro ordinamento, appaiono ancora irrisolti.

Anche in questo caso, intendo procedere sinteticamente e per punti, isolando due livelli di lettura (o meglio, un livello e un sotto-livello) che mi sembrano indispensabili al fine di proporre una panoramica sull'esistente.

4.1 Il livello teorico-giuridico della giustizia riparativa in generale e della mediazione in particolare

In quest'ambito rientra una serie molto articolata di questioni che contrassegnano l'alfa e l'omega del percorso di riparazione, vale a dire la selezione dei casi mediabili o suscettibili di essere gestiti attraverso condotte riparative concrete e la verifica dell'effettività delle pratiche di mediazione/riparazione. Si possono menzionare, perciò, tra i passi indispensabili che hanno accompagnato l'adozione del paradigma riparativo:

- a. la formalizzazione di *criteri guida*. Questi ultimi possono trovare espressione, in via generale, in atti giuridici sovranazionali⁵¹, nel qual caso sono volti ad incoraggiare gli Stati ad adottare politiche e strutture riconciliative e riparative; linee guida più dettagliate possono comparire anche in testi normativi, come è ad esempio avvenuto in Italia attraverso l'art. 2 del D. lgs. 274/2000 (legge istitutiva la competenza penale del giudice di pace), che ha esplicitato come il *favor conciliatio-nis* sia da adottare in ogni stato e grado del procedimento⁵²;
- b. il *raccordo tra la mediazione e la riconciliazione e i diritti umani*, specie quando le pratiche di riconciliazione sono funzionali a fasi costituenti o di transizione: si pensi alla complessità della istituzione e della operatività della *Truth and Reconciliation Commission* sudafricana, che costituisce un'esperienza a tutt'oggi insuperata, tale da assicurare a modello per ulteriori processi di pacificazione sociale⁵³;

⁵¹ In argomento, vedi C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER, *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, 85 ss.

⁵² Sulla valenza del principio riconciliativo vedi le considerazioni di L. EUSEBI, *Processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in *Il Giudice di pace*, 2003, 60 ss.

⁵³ Vedi, al riguardo, A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, Bologna, 2005. Cfr. anche, per una panoramica più generale sui crimini internazionali, l'intera Parte I del volume di G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire, mediare, riconciliare*, Torino, 2009. Specificatamente sull'esperienza sudafricana si segnala il saggio del giudice Ilan Lax, componente del Comitato di amnistia della Truth and Reconciliation Commission (TRC): *The South African Truth and Reconciliation Commission: Transitional Justice as Restorative Justice. Challenges for Transformation*, in G. MANNOZZI, F. RUGGERI, *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio*, Varese, 2007, 137-147.

- c. la previsione di *canali di comunicazione interna tra giustizia riparativa e processo penale*: nei vari ordinamenti che hanno sperimentato la mediazione, lo Stato *delega* infatti la soluzione del conflitto al mediatore per poi «riappropriarsi» del risultato, declinandolo nelle forme di estinzione del processo o di rinuncia alla pena previste dalla legge;
- d. la previsione di meccanismi atti a garantire il *rispetto delle garanzie del due process*⁵⁴: si pensi al problema dell'utilizzabilità processuale dell'ammissione di colpevolezza, che è condizione dell'accesso alla mediazione, o alla comunicabilità al giudice dei contenuti della mediazione cristallizzati nel relativo verbale;
- e. la scelta tra *modalità, tecniche e stili di conduzione della mediazione*⁵⁵, a seconda della tipologia di conflitto, nonché la previsione di *fasi di controllo* o di *follow up* per poter siglare l'avvenuta riparazione e perciò il superamento del conflitto e del «bisogno di pena» da esso ingenerato.

4.2 I livelli tipologico, strutturale e territoriale degli strumenti riconducibili alla giustizia riparativa

Al contesto normativo vanno ricondotti altresì i livelli *tipologico, strutturale e territoriale* degli istituti appartenenti all'alveo delle politiche riparatorie o riconciliative (si pensi alle condotte riparatorie con efficacia estintiva del reato *ex art. 35* della legge istitutiva la competenza penale del giudice di pace) e, in particolare, del principale strumento della giustizia riparativa: la mediazione.

Focalizzando l'attenzione sulla tipologia di quest'ultimo istituto, va detto che i sottosettori di intervento della mediazione sono molteplici, ciascuno con peculiarità proprie che retroagiscono sulle *tecniche* mediatricie da utilizzare. La mediazione può essere infatti di tipo familiare, scolastico, culturale o penale; in quest'ultima ipotesi, essa può essere strumento per gestire extragiudizialmente tipi di reato diversi per livello di gravità o per condizione di procedibilità, o anche per le qualità dei soggetti coinvolti (evoco solo la più classica delle dicotomie, quella adulto/minore).

Strutturalmente, le esperienze di mediazione si diversificano per essere emerse secondo un modello *top down* – come è avvenuto, ad esempio, in Francia, dove l'istituzione di centri di mediazione è stata organizzata

⁵⁴ M. GROENHUIJSEN, *Victim-offender Mediation: Legal and Procedural Safeguards. Experiments and Legislation in some European Jurisdictions*, in *Victim-offender Mediation in Europe*, Leuven, 2000, 69-81.

⁵⁵ M. UMBREIT, *Mediating Interpersonal Conflicts*, St. Paul, 1995, 30.

a livello di amministrazione centrale⁵⁶ – oppure secondo un diverso ed opposto modello, di tipo *bottom up*, come in Italia o in Belgio, dove sono stati sperimentati modelli di mediazione su base volontaristica e locale (ad esempio, per Distretto di Corte d'Appello), con successiva richiesta di formalizzazione attraverso Protocolli di intesa con gli enti locali.

Sotto il profilo *territoriale*, i centri di mediazione possono essere organizzati su base statale oppure su base locale, ed essere gestiti da mediatori strutturati o volontari. La 'combinazione' migliore – che garantisce pari opportunità sul territorio e mantiene lo spirito volontaristico della mediazione – è quella offerta dai paesi del Nord Europa (di particolare interesse sono la legislazione e la prassi norvegese), dove si registra una diffusione capillare di centri di mediazione statali, in cui operano, per non snaturare lo 'spirito' della mediazione, mediatori prevalentemente volontari.

In Italia, localismo e asistematicità contrassegnano ancora le esperienze di mediazione. Reti e uffici di mediazione sono presenti solo in alcune aree geografiche, mentre risultano del tutto assenti in altre: laddove esiste, tuttavia, la mediazione si svolge secondo programmi e modalità del tutto adeguati e risulta posta in essere da mediatori sottoposti ad un lungo *training* di formazione⁵⁷.

Infine, della giustizia riparativa, con i suoi strumenti e con le sue tecniche, è da valutare *l'effettività*.

Anche in questo caso si registrano in Europa profonde differenze, secondo un'ideale linea di demarcazione tra le realtà dell'Europa del Nord – penso soprattutto alla Svezia, alla Norvegia⁵⁸, alla Finlandia, in cui i centri di mediazione sono diffusi capillarmente da tempo sul territorio e lavorano in sinergia con gli uffici giudiziari – e quelle dell'Europa del Sud – penso all'Italia e alla Grecia, che, pur disponendo di una legislazione per alcuni aspetti all'avanguardia e che concede ampi spazi operativi alla giustizia riparativa, presentano un *gap* di implementazione dei centri di mediazione anche rispetto ai Paesi dell'Europa centrale⁵⁹.

⁵⁶ Vedi D. JULLION, *Victim-offender Mediation in France*, in *Victim-offender Mediation in Europe*, cit., 211-249.

⁵⁷ Rinvio, al riguardo, a A. MESTITZ (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, 2004, *passim*; vedi anche A. CERETTI, F. DI CIÒ, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO, *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001, 307-354.

⁵⁸ Un quadro della giustizia riparativa e della mediazione in Norvegia è proposto da S. ILONA KEMÉNY, *Policy Developments and the Concept of Restorative Justice through Mediation*, in *Victim-offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, a cura dello European Forum for Victim-Offender Mediation, Leuven University Press, 2000, 83-97. Nello stesso volume, vedi anche K.K. PAUS, *Victim-offender Mediation in Norway*, 281-308.

⁵⁹ Sulla giustizia riparativa nell'ordinamento greco, vedi P. PAPAPOPOULOU, *Restorative Justice for Minors in Greece: The Impact of Act 3189/2003*, Saarbrücken, 2009.

5. Terzo orizzonte: la giustizia riparativa come fenomeno sociale

Quello che indico qui come «terzo anello» non è che la proiezione ampia degli orizzonti culturale e normativo della giustizia riparativa. Nata da una crisi del diritto penale senza precedenti (che è crisi da legittimazione e da effettività) ed alimentata dal portato di una ricerca di nicchia (quella antropologica e quella vittimologica), la giustizia riparativa ha valicato i confini delineati dall'essere mero strumento extragiudiziale di composizione delle controversie, diventando anche un fenomeno *sociale*.

Il trapianto, per certi aspetti azzardato, di modelli culturali di soluzione dei conflitti tipici delle c.d. «società semplici» non ha conosciuto la temuta 'crisi di rigetto', essendosi al contrario evidenziate eccellenti capacità di adattamento dei nuovi istituti alla complessa realtà giuridica e sociale della post-modernità.

I primi segnali della progressiva espansione del ruolo della giustizia riparativa si sono avuti con l'estensione del ricorso alla mediazione a tipologie di reati via via più gravi: si è passati infatti dalla gestione riparatorio-conciliativa della micro-conflittualità comune (espressione soprattutto dei c.d. delitti di relazione) fino a giungere a reati a base violenta: dalle rapine alle estorsioni, dalla violenza sessuale all'omicidio. La mediazione è stata inoltre di recente proposta per ridimensionare il rischio penale connesso allo svolgimento dell'attività medico-chirurgica, che ha fatto da volano rispetto all'instaurarsi di prassi, discutibili quanto invalse, di 'medicina difensiva'⁶⁰.

Sotto il profilo dei *destinatari*, la mediazione ha avuto un'analoga progressione applicativa: sperimentata inizialmente nell'ambito del diritto penale minorile, è stata poi implementata nel diritto penale degli adulti, ricevendo, almeno in Italia, proprio in quest'ultimo contesto, una previsione legislativa espressa.

Medesima dilatazione applicativa si è avuta con riguardo alla possibilità di utilizzo dei diversi strumenti della giustizia riparativa lungo l'asse diacronico, e cioè rispetto all'ideale 'linea del tempo' che va dalla *notizia criminis* alla sentenza definitiva. La 'palestra' iniziale per il ricorso alla mediazione, in particolare, è stata la fase pre-processuale (soprattutto quella della indagini, sicché i vettori della mediazione sono stati dapprima i pubblici ministeri); solo successivamente sono state introdotte ipotesi di utilizzazione della mediazione in fase processuale (si pensi all'ipotesi di percorsi mediatori da sviluppare nel contesto della sospensione del processo con messa alla prova *ex art. 28 D.P.R. 248/1988*) e, persino, post-processuale (si pensi alle condotte riparatorie consentite dall'*art. 47 n. 7*

⁶⁰ Cfr. G. FORTI *et al.* (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010. Vedi anche A. ROGNONI, *Spazi di ADR nei conflitti in ambito sanitario*, in F. SCAPARRO, *Il coraggio di mediare*, cit., 279-303.

dell'ordinamento penitenziario o a quelle mediatricie nella fase *post-release* sperimentate in diversi ordinamenti europei).

Tale allargamento della 'rete operativa' della *restorative justice*, che contraddice la validità dell'ipotesi di un ricorso alla mediazione in funzione deflattiva – ipotesi peraltro opinabile sotto il profilo della reale *funzionalità* e fuorviante sotto quello della *ratio* dell'istituto –, è la spia di una profonda trasformazione delle dinamiche sociali.

Come la legislazione penale di una generazione può diventare la morale della generazione successiva, parimenti, la cultura della riparazione può diventare la componente di un'etica evoluta dei rapporti sociali.

Alla base della 'risemantizzazione' dell'*etica* del comportamento umano veicolata dalla giustizia riparativa si pone una rivisitazione profonda del rapporto tra *giustizia* e *giudizio*. Se, infatti, tradizionalmente, la giustizia si persegue *attraverso* il diritto, con la mediazione la prospettiva cambia completamente⁶¹. La ricerca della giustizia rinuncia al suo strumento cardine: il giudizio esterno, quello cioè «necessario alla pena»⁶². Se un giudizio c'è, questo consiste nel 'giudicarsi'⁶³, cioè nell'identificare, attraverso l'incontro dialogico con l'altro, la propria responsabilità e nell'acquisire la consapevolezza che si diventa responsabili *verso* l'altro. La mediazione promuove cioè un atto di responsabilità che non deriva da una costrizione esterna ma da un percorso dialettico di conoscenza tra le parti (siano esse generici contendenti oppure autore e vittima di un reato) e tende comunque, attraverso la riattivazione della «normatività del rapporto umano»⁶⁴, al ristabilimento del diritto.

Ciò spiega allora come la mediazione possa diventare lo strumento autenticamente nuovo di costruzione della pragmatica del comportamento umano⁶⁵ e investire campi, come quello della formazione, che sono cruciali rispetto alla promozione di una sensibilità e di un approccio riparativo in settori in cui la conflittualità non attinge il livello della rilevanza penale.

Mi riferisco, in particolare, alle esperienze di giustizia riparativa e mediazione che investono il livello della formazione e più in generale quello dei rapporti tra autorità e individuo.

Nel primo caso va segnalato come ormai da dieci anni nelle scuole finlandesi⁶⁶ di ogni ordine e grado si faccia ricorso alla mediazione – in

⁶¹ Cfr. le considerazioni di F. OCCHETTA, *Le radici morali della giustizia riparativa*, in *Civiltà cattolica*, 2008, 444-457.

⁶² S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit., 26.

⁶³ A. DELOGU, *Etica della mediazione*, cit., 103.

⁶⁴ S. SATTA, *Il diritto questo sconosciuto*, cit., 124 ss.

⁶⁵ Cfr. le considerazioni di F. OCCHETTA, *La giustizia riparativa. Verso una nuova idea della pena*, in *Civiltà cattolica*, 2010, 214 s.

⁶⁶ Il progetto di *peer mediation* è stato avviato nel 2000 da parte della *Finish Red Cross* e dal 2005 riceve un finanziamento statale. La scelta di supportare tale progetto si basa sull'assunto che è nelle scuole che si crea una *cultura della mediazione* atta a favorire l'attecchire della mediazione in settori più delicati e problematici come

particolare alla c.d. *peer mediation* – per gestire episodi di bullismo, conflittualità scolastica, ma anche, più in generale, per mantenere il livello di competizione entro limiti fisiologici. La scuola viene vista come il passaggio obbligato per creare una *cultura della riparazione e della mediazione* atta poi a promuovere e diffondere il consenso nei confronti di forme di composizione giudiziale delle controversie in settori più difficili e delicati, come può essere quello penale.

In analoga prospettiva, si colloca l'esperienza inglese di Alperton College, un istituto di formazione secondaria londinese in cui le modalità riparativa e conciliativa sono assurte a modello principale di *interazione orizzontale* (tra studenti) e *verticale* (tra studenti e insegnanti). Anche in questo caso, l'obiettivo dichiarato è quello di promuovere la cultura della riparazione in vista di un ampliamento del ricorso alla *restorative justice* nei settori più vari della vita sociale.

Sempre nel Regno Unito, la dimensione della giustizia riparativa si è allargata sino a coinvolgere aspetti della «grammatica della vita quotidiana»: mi riferisco al fatto che la città di Hull si sia proposta come «prima città riparativa» al mondo. Qui, infatti, i 23.000 professionisti che lavorano con bambini, adolescenti e giovani adulti sono stati sottoposti ad un *training* di formazione per l'utilizzazione di modalità cooperative e conciliative nella soluzione delle controversie. L'obiettivo è quello di promuovere una diversa gestione della conflittualità, dell'allarme sociale e del panico che possono accompagnare i conflitti (anche di rilevanza penale), obiettivo che si colloca nel più generale contesto della promozione di una diversa costruzione delle relazioni sociali.

6. Alcune considerazioni conclusive ed una avvertenza

L'opzione a favore della giustizia riparativa e della mediazione costituisce il vettore ideale verso esigenze più profonde, che promanano dalla collettività: quella di *pacificazione sociale*, che peraltro coesiste, in modo paradossalmente antagonistico, con le richieste talvolta irrazionali di «legge e ordine»; quella di una più *effettiva tutela delle vittime*; quella del recupero di una maggiore *eticità dei rapporti umani*.

In siffatto panorama, la centralità che la vittima ha assunto all'interno del dibattito giuridico, specie nei sistemi di *common law*, è il principale fattore determinante il successo della giustizia riparativa. Il fenomeno appare, a sua volta, indotto da due dinamiche diverse ma non alternative: una di matrice *socio-economica*, l'altra, per così dire, di fonte *mediatica*. Da un lato, globalizzazione e post-modernità hanno portato ad una nuova

può esserlo, ad esempio, quello penale. Sia in Norvegia, sia nel Regno Unito è previsto un *training* per gli insegnanti affinché possano mediare i conflitti che maturano tra gli allievi in ambito scolastico.

concezione morale della società, che fa percepire le vittime non come entità astratte – il cui ruolo e le cui aspettative sono ritagliati dalle sole regole processuali – bensì come *individui*, portatori di bisogni umani e sociali cui occorre dare una risposta a partire dall'ascolto; dall'altro, il circuito mediatico propone una rappresentazione della criminalità (specie di quella comune) che suscita nella collettività, unitamente alla esigenza della pena e dello 'stigma', l'esigenza (anche morale) della riparazione.

Affidare la gestione dei conflitti al solo diritto penale – che punisce senza riconciliare e che spesso 'toglie' senza 'restituire' – appare dunque anti-moderno, specie quando si dispone di uno strumento, la mediazione, che si configura come l'ultima tappa del lungo percorso di civiltà giuridica e sociale che ha portato al progressivo abbandono della centralità della repressione improntata alla crudeltà delle pene⁶⁷.

In definitiva, l'utilità del ricorso alla mediazione si può cogliere, oltre che sul piano del superamento della rigidità e della severità della risposta sanzionatoria tradizionale, anche, e forse soprattutto, in termini di opportunità per le vittime di essere 'ascoltate'.

Per spiegare questo tipo di vantaggio si può ricorrere al paradigma di Hirschman, il quale, in un ambito del tutto diverso, e precisamente di tipo economico, ha elaborato la c.d. teoria della *exit-voice* come modello di spiegazione del comportamento dei consumatori di fronte a errori 'rimediabili' dei soggetti economici⁶⁸. Secondo Hirschman, l'azienda (o il partito o l'associazione) che sta deteriorando la qualità del prodotto non riceve segnali d'allarme solo dalla defezione dei consumatori (o degli associati) ma anche dalla loro protesta. I consumatori possono cioè scegliere tra il cessare l'acquisto dei prodotti dell'impresa e/o l'abbandonare l'associazione (defezione = opzione uscita) e l'esprimere la loro insoddisfazione al *management* (lealtà + protesta = opzione voce)⁶⁹. Tale modello potrebbe essere validamente utilizzato anche per spiegare il ruolo che la giustizia riparativa può svolgere in risposta alla 'crisi' della giustizia ordinaria. Rispetto ad una insoddisfacente amministrazione della giustizia penale le vittime non sono in condizione di avere la stessa alternativa tra defezione e protesta di cui dispongono invece i *consumatori*: in primo luogo, non possono rivolgersi ad altre 'imprese', vista la gestione monopolistica dell'amministrazione della giustizia da parte dello Stato, potendo solo rinunciare all'esercizio dei loro diritti (ad esempio,

⁶⁷ Si tratta di un percorso scandito, dapprima, dall'abbandono della tortura, delle pene corporali ed infamanti, e – almeno negli ordinamenti giuridici europei – della pena di morte e, successivamente, dal continuo 'ripiegamento' della pena detentiva orientata alla 'retribuzione' o alla mera deterrenza e, per converso, dal proliferare di sanzioni «alternative» di tipo pecuniario o interdittivo o con modeste componenti custodiali.

⁶⁸ A.O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty* (1970), trad. it. *Lealtà defezione protesta*, Milano, 1982.

⁶⁹ A.O. HIRSCHMAN, *Lealtà defezione protesta*, cit., 35.

non presentando la denuncia o la querela); in secondo luogo, non hanno neppure la possibilità di far sentire la loro voce, né all'interno del processo – dove vengono per lo più marginalizzate nel ruolo di testimoni –, né al di fuori della dimensione processuale, poiché non vi è una agenzia specificamente deputata a raccoglierla⁷⁰.

La mediazione sembra poter ripristinare in favore delle vittime di reato quantomeno l'opzione 'voce', non solo perché costituisce un percorso alternativo per ottenere giustizia (il cui avvio incontra però sempre il 'filtro' del magistrato), ma anche perché rappresenta per le vittime un *locus* dove esprimere il disagio, la sofferenza o più semplicemente l'insoddisfazione per la delusione delle proprie aspettative.

Pur nella insuscettibilità di un'applicazione generalizzata, la mediazione presenta dunque delle potenzialità notevoli: ascolto delle vittime, auto-responsabilizzazione del reo e finanche la possibilità di perseguire finalità special-preventive lavorando su specifici fattori criminogenetici che possono emergere proprio attraverso il percorso di mediazione. Alla base del nucleo forte delle potenzialità della giustizia riparativa si pone il tentativo di superamento del concetto di «responsabilità passiva» – cristallizzata dal diritto penale secondo il paradigma retributivo, dove il reo è responsabile per il 'passato' e sempre con riferimento al passato va commisurato il limite massimo della sanzione, al di sotto del quale possono essere eventualmente effettuati aggiustamenti in chiave risocializzativa – a favore dell'elaborazione di un modello di responsabilità 'attiva', per la quale il passato è solo il *motivo* dell'ascrizione di responsabilità, mentre l'orientamento al futuro ne rappresenta lo *scopo*. Ciò comporterebbe un'evoluzione del modello di prevenzione generale 'passiva' – che, anche nella sua variante 'positiva', si fonda comunque su una responsabilità per il passato – verso un modello di prevenzione 'attiva', in cui il tipo di sanzione e il suo contenuto possono anche prescindere dal veicolare lo stigma criminale e volgersi essenzialmente alla reintegrazione del reo e/o alla produzione di un beneficio per la comunità⁷¹.

⁷⁰ Osserva CERETTI: «[...] la possibilità di denunciare pubblicamente una sofferenza è strettamente dipendente da una politica che prometta di porvi rimedio» (*Mediazione penale e giustizia*, cit., 715).

⁷¹ A questo proposito, L. EUSEBI (*Processo e sanzioni relativi alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in *Il Giudice di pace*, cit., 87) sottolinea che, quando rispetto a certi episodi criminosi viene riconosciuta una forte richiesta di pena, ciò dipende dal fatto che l'ordinamento «non offre nient'altro che la pena (nella sostanza) retributiva» per ribadire il «buon diritto alla tutela di una posizione che, invece, è stata aggredita e, dunque, quale strumento per affermare non solo in astratto, ma anche rispetto a ciò che è concretamente avvenuto, il giudizio di disvalore verso un certo tipo di condotta ingiusta». Vedi anche G.A. LODIGIANI, *La relazione educativa. Le categorie "incontro" ed "empatia" fondamenti filosofico-sociologici dell'educazione*, Pavia 2005, 78-86 (parte dedicata alla consistenza dell'empatia nell'opera di E. Stein). L'autore mette in evidenza come l'agire empatico sia costituito da un dinamismo che muove dalla considerazione di una

Gli innegabili vantaggi che si associano all'inclusione della giustizia riparativa tra le modalità di intervento sulle controversie da parte dell'ordinamento giuridico non devono tuttavia far dimenticare il volto ambiguo e inquietante che possono presentare taluni modelli *generalizzati* di ricorso alla mediazione o il più ampio settore delle tecniche di *alternative dispute resolution* (ADR). Mi riferisco alle prassi standardizzate di mediazione/conciliazione avviate dai nuovi «professionisti della *restorative justice*», soprattutto in settori diversi da quello strettamente penalistico.

Vi è il rischio infatti che la mediazione e le altre tecniche di ADR veicolino un ordine imposto (e con esso talune disuguaglianze) attraverso strumenti e tecniche 'non autoritari' e apparentemente non invasivi, ma non per questo meno pericolosi o esenti da effetti collaterali.

Questa considerazione deriva dalla chiave di lettura proposta da Ugo Mattei e Laura Nader, secondo i quali occorre cautela nell'accogliere l'ADR quando essa «viene presentata come un'alternativa pragmatica e vantaggiosa ai possibili eccessi di litigiosità»⁷²: in sostanza, come una cura ad un «costo sociale più basso».

Al giorno d'oggi [affermano gli autori] le riforme giuridiche vanno sempre più in direzione di una standardizzazione e ritualizzazione dell'ADR o della IDS, per adeguarsi alle strategie del potere globale in modo da *cancellare le differenze* dovute a disparità di potere o alla diversità o al contrasto di stili culturali. La ADR diventa così nient'altro che un nuovo sistema di giustizia, tecnico e professionale, con i suoi specialisti e i suoi professionisti, facendo perdere la potenziale funzione emancipatrice (per la parte più debole) di un uso controegemonico dei tribunali pubblici. Il passaggio dai tribunali pubblici ai collegi arbitrali privati, dalla risoluzione giudiziale formale alla giustizia informale o negoziata, è parte della tendenza generalizzata a privatizzare ogni cosa, dalle carceri alle istituzioni del welfare. Non può sorprenderci quindi la presenza di clausole che prevedono la ADR in molti contratti standard, dove banche, compagnie di assicurazioni o di comunicazioni e corporation offrono volentieri la propria "giustizia privata" ai loro clienti⁷³.

In tale direzione potrebbe essere letta, ad esempio, la tendenza, in atto negli Stati Uniti d'America, a creare modalità di ADR per gestire le con-

esperienza di vita passata, anche non originariamente vissuta dal soggetto agente, accolta nella propria esistenza come significativa (passato-passivo), per giungere, attraverso le riflessioni operate dal soggetto su se stesso, ad un nuovo modo di agire nel presente come realizzante l'umano (presente-attivo).

⁷² U. MATTEI, L. NADER, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Malden-Oxford-Victoria, 2008, trad. it *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano-Torino, 2010, 86 (della trad.).

⁷³ In questi termini U. MATTEI, L. NADER, *Il saccheggio*, cit., 86 s.

troversie nel settore sanitario, principalmente legate alla *malpractice* in ambito medico-chirurgico⁷⁴.

Con specifico riguardo al settore sanitario, la giustizia riparativa non appare scevra da ambivalenze, potendo presentare tanti vantaggi quanti possono essere i rischi.

La mediazione può senz'altro rivelarsi uno strumento prezioso sia nella prospettiva della prevenzione, sia in quella di *problem solving*, rispetto a conflitti su scelte terapeutiche destinate a soggetti minorenni⁷⁵, su terapie o interventi connotati da una particolare aleatorietà o rispetto a decisioni concernenti le problematiche di fine vita: qui la mediazione potrebbe utilmente inserirsi in un percorso di ascolto, contribuendo a dare spessore ed effettività alle dinamiche e ai contenuti del *consenso informato*.

Viceversa, scorgo il rischio che, dietro l'introduzione di forme conciliative per i casi di *malpractice*, soprattutto se queste ultime sono standardizzate e gestite programmaticamente dai nuovi 'professionisti della mediazione', possa celarsi l'intento di una tutela di interessi 'corporativi' a scapito degli interessi delle vittime, caratterizzate, in siffatto contesto, dall'essere particolarmente deboli o vulnerabili.

In definitiva, senza disconoscere le potenzialità della giustizia riparativa – specie quando essa è autenticamente volta a prendersi cura delle vittime, come nelle migliori esperienze di mediazione penale, documentate dalla letteratura internazionale, impiegate in ambito minorile e nel contesto dei c.d. «delitti di relazione» –, è necessario essere prudenti rispetto alla tendenza riformista globale volta a «cercare modalità elastiche nella risoluzione delle controversie, che avvantaggino la parte più forte. È fondamentale – e riprendo ancora una volta le parole di Mattei e Nader – comprendere come vengono fabbricate tecnologie giuridiche “morbide” come la ADR, e come queste si adattino bene al saccheggio»⁷⁶.

⁷⁴ R.E. FARBIANZ, *Victim-offender Mediation: a new Way of Disciplining America's Doctors*, in *Mich. St. J. Med. & Law*, 2008, 383. Sul ricorso alla giustizia riparativa in ambito sanitario vedi anche il progetto italiano volto a ridefinire l'ambito di rilevanza della colpa medica e a proporre percorsi di mediazione in caso di conflitto derivante da reato, progetto presentato e commentato in G. FORTI *et al.*, *Il problema della medicina difensiva*, cit., opera alla quale si rinvia integralmente per la ricchezza del dibattito e la completezza di riflessione sull'argomento.

⁷⁵ Cfr. A. TOGNONI, *Spazi di ADR nei conflitti in ambito sanitario*, in F. SCAPARRO, *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001, 283 ss. Vedi anche G. MANNOZZI, P. KARYTINOS, *Resolving Conflicts in the Medical Sector: A New Step forward in Victim-offender Mediation and Conferencing*, relazione presentata alla 6th Conference of the European Forum for Restorative Justice, «Doing restorative justice in Europe» (Bilbao, 17-19 giugno 2010), in corso di pubblicazione.

⁷⁶ *Ibid.*, 88.

PARTE SECONDA

LA MEDIAZIONE NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

LA «GIUSTIZIA DI TRANSIZIONE»: AMNISTIA, GIURISDIZIONE, RICONCILIAZIONE

Roberto Bartoli

SOMMARIO: 1 Le coppie dicotomiche della mediazione penale: giurisdizionale/negoziale; monismo/pluralismo; nazionalizzazione/internazionalizzazione del diritto. – 2. Concetto e caratteri della giustizia di transizione. – 3. Finalità e mezzi della giustizia di transizione. – 3.1 I mezzi, in particolare. L'amnistia. – 3.2 La giurisdizione: tra limiti attuali... – 3.2.1 (Segue) ... e limiti e meriti intrinseci. – 3.3 Le commissioni di verità e/o riconciliazione. – 4. Il quadro delle tendenze internazionali nella giustizia di transizione: tra istanze nazionali costituenti e pacificatrici e istanze internazionali giurisdizionali. – 5. Tentativi di razionalizzazione del sistema: per una strategia di integrazione sussidiaria tra pace/giustizia, riconciliazione-amnistia/giurisdizione, nazionale/internazionale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Le coppie dicotomiche della mediazione penale: giurisdizionale/negoziale; monismo/pluralismo; nazionalizzazione/internazionalizzazione del diritto

Prima di affrontare il tema che mi è stato assegnato, mi siano consentite due considerazioni a carattere generale sulla mediazione penale. La prima. Il diritto penale è contrassegnato da alcune coppie dicotomiche che esprimono sempre una fortissima tensione: legge/interpretazione; garanzia/prevenzione; oggettivismo/soggettivismo; particolarismo/universalismo; sostanziale/processuale (e potremmo continuare ancora per molto: astratto/concreto; regola/eccezione; amico/nemico; inclusione/esclusione, ecc.).

Alcune di queste dicotomie rappresentano delle vere e proprie costanti storiche e quindi attraversano incessantemente l'intero percorso 'evolutivo' del diritto penale. Si pensi alle dicotomie eccesso punitivo/garanzia, oggettivo/soggettivo, sostanziale/processuale: non c'è fase storica, istituto, momento di previsione o applicazione del diritto penale in cui non si manifesti la tensione tra il rischio di una punizione sproporzionata ed 'eccessiva' e un'esigenza di garanzia e tutela del reo; tra una prospettiva che valorizza il fatto estrinsecatosi nella realtà e la personalità latamente intesa del suo autore; tra dimensione sostanziale e giuridica di un istituto e dimensione processual-probatoria. In particolare, si pensi alla dicotomia eccesso punitivo/garanzia. Un rischio di eccesso punitivo non solo si pone nel diritto penale moderno, caratterizzato dall'utilizzo della pena in funzione preventiva da parte del potere pubblico, ma era presente anche al tempo dei Comuni e delle Signorie (e ancor prima), dove il diritto punitivo era gestito in forma privata e la ritorsione aveva in sé il rischio di sfociare in una reazione sproporzionata a seguito dell'impossibilità di

porre sullo stesso piano il disvalore dell'offesa gratuitamente arrecata e quello della reazione 'razionalmente fondata'¹.

Altre dicotomie risultano invece storicamente determinate o addirittura sono il frutto di particolari assetti politico-istituzionali presenti in un determinato contesto storico. Si pensi alla dicotomia legge/interpretazione, la cui 'articolazione conflittuale' muta a seconda dei rapporti che intercorrono tra legislatore e giudici e più in generale tra i poteri dello Stato, per cui, in una prospettiva fortemente legalista, basata sul primato del legislatore, la tensione tende a smorzarsi, a causa della riduzione del giudice a mera 'bocca della legge'², mentre in una prospettiva – per così dire – costituzionale, da un lato, la tensione diviene fisiologica, perché il giudice, non essendo più subordinato alla legge, ma alla legge conforme alla Costituzione, si svincola dal dettato legislativo in sé e per sé considerato³; dall'altro lato, questa inevitabile tensione si fa più o meno intensa a seconda che la stessa legislazione si basi rispettivamente su logiche maggioritarie oppure pluralistiche⁴.

Altre dicotomie, infine, dispiegano la loro contrapposizione in un arco temporale molto vasto, nel senso che mentre una parte della dicotomia si esprime in una certa fase storica, l'altra si manifesta in un periodo nuovo e successivo. Si pensi alla contrapposizione tra particolarismo e universalismo⁵: mentre il particolarismo, soprattutto a carattere nazionalistico, ha avuto inizio dal XIV secolo e si è protratto fino ai primi del Novecento; una prospettiva autenticamente universalistica ha preso corpo dalla fine del secondo conflitto mondiale e sta persistendo ancora.

Ebbene, il tema della mediazione penale porta alla ribalta tre dicotomie: due appartenenti a quest'ultimo gruppo di contrapposizioni, che potremmo chiamare «ad ampio raggio», e si tratta della dicotomia giurisdizionale/negoziale e di quella monismo/ pluralismo (ovvero egemonico/ordinamentale); una che invece appartiene al primo gruppo, costituendo alla fin fine una costante storica, e si tratta della contrapposizione tra nazionalizzazione e internazionalizzazione del diritto.

¹ Vedi K. GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello Stato di diritto*, Torino, 2010, 90 ss.

² Cfr. P. COSTA, I "padroni della legge". Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 14 ss.

³ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, vol. XXXVI, t. II, 2007, 1247 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, ivi, vol. XXXVI, t. II, 2007, 1279 ss.

⁴ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1 ss.

⁵ In argomento vedi per tutti F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, in corso di pubblicazione, 1 ss. (del dattiloscritto).

La seconda considerazione ha ad oggetto proprio queste tre dicotomie. Partiamo dalla prima: giurisdizionale/negoziale. Sembra essere un vero e proprio mito l'idea che il diritto penale sia soltanto un diritto giurisdizionalizzato. Sul piano nazionale, ciò è vero soltanto se si guarda al diritto penale moderno, a quello 'egemonico' – per così dire – maturo, statale, che va dal XVI secolo fino alla fine dello scorso millennio. Se invece si allarga lo spettro visuale, ci si rende conto come il diritto penale negoziale abbia svolto un ruolo molto importante nella storia del diritto penale: tra l'XI e il XIII secolo si parla proprio di una «giustizia penale negoziale», in cui «l'idea che il delitto è in primo luogo un'offesa (*iniuria*), che importa ripararlo più che punirlo, che la riparazione consiste nella soddisfazione e che la soddisfazione deve passare per una trattativa, sta saldamente installata nella cultura di quelle prime comunità cittadine»⁶. Ma anche durante la prima fase del diritto penale egemonico (XIII-XIV secolo), il diritto penale negoziale gode di ampi spazi⁷. Con il consolidarsi della prospettiva pubblicistico-statuale, invece, tali spazi si fanno sempre più angusti, fino a scomparire quasi del tutto dopo la Rivoluzione Francese. Tuttavia, è alla fine dello scorso millennio, con la rivalutazione del ruolo della vittima e della riparazione del danno, che torna a riaffermarsi l'idea di una mediazione-negoziante in ambito penalistico.

Sul piano internazionale, il ragionamento è destinato a farsi molto più complesso per varie ragioni, che si legano – tra l'altro – alla problematica affermazione della responsabilità politica e della sua penalizzazione. Tuttavia, anche in quest'ambito è senza dubbio presente la dicotomia giurisdizionale/negoziale (*rectius*, convenzionale), dovendosi osservare come in esso la dimensione convenzionale coincida quasi sempre con l'esito finale dell'amnistia e dell'impunità. Il convenzionale – per così dire – immunitario domina la scena fino alla Prima Guerra Mondiale⁸. Dalla Prima Guerra Mondiale fino al 1980, prende corpo, invece, ancorché in termini parziali e al netto di ipotesi di giustizia c.d. politica, la prospettiva giurisdizionale⁹. E dal 1980 fino ai giorni d'oggi, come avremo modo di vedere meglio in se-

⁶ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, 7. ed., Roma-Bari, 2007, 165.

⁷ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 172: «vale la pena di ripetere che, malgrado tutto ciò, solo una piccolissima parte della cultura della composizione morirà per sempre, né si secceranno d'un colpo le radici della vendetta. Ancora in pieno Cinquecento fioriscono i trattati sulle paci, le tregue, le concordie, il basso criminale resta quasi interamente appannaggio di procedure fondate sull'*accusatio*, l'extragiudiziale compositivo mantiene il suo rango. L'attitudine negoziale e l'idea della ritorsione verranno bandite dal campo penale soltanto con l'arrivo della codificazione, dopo la svolta epocale originata dalla Rivoluzione francese».

⁸ H. QUARITSCH, *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, Milano, 1995, 52 ss.; J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, 2008, 19 ss.

⁹ H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 93 ss.

guito (vedi *infra*, § 5), convivono la dimensione giurisdizionale e negoziale, dovendosi notare come oltretutto quest'ultima abbia subito importanti trasformazioni non esprimendo più soltanto una prospettiva di impunità/irresponsabilità (es. Commissione sudafricana Verità e Riconciliazione)¹⁰.

L'altra dicotomia 'ad ampio raggio' è monismo/pluralismo ed è legata soprattutto alle vicende e alle configurazioni politico-istituzionali di uno Stato o dell'assetto internazionale. Così, sul piano nazionale, una concezione monista del diritto penale, basata sull'assolutismo del legislatore, ha dominato tra l'Ottocento e il Novecento, mentre una concezione pluralista e ordinamentale si è affermata prima della Rivoluzione Francese e sembra sia tornata ad affermarsi con le Costituzioni della seconda metà del Novecento¹¹.

Nella dimensione internazionale la distinzione è tra una comunità internazionale monista, in cui sono presenti alcuni Stati in una posizione di dominio, e una comunità internazionale pluralista, dove tutti gli Stati hanno pari dignità. In questa prospettiva, per quanto riguarda il monismo, si pensi alla fase precedente allo *jus publicum europeum* e a quella che va dalla Prima Guerra Mondiale fino alla fine dello scorso millennio; in ordine al pluralismo, si consideri il periodo del c.d. *jus publicum europeum* tra il XVIII e il XIX secolo¹².

Per inciso è interessante notare come sul piano internazionale, a differenza di quanto accade su quello nazionale, esista una forte corrispondenza tra la prospettiva convenzionale e quella pluralista e tra la prospettiva giurisdizionale e quella monista. Senza potersi addentrare troppo nel tema, e senza voler ridurre una realtà complessissima e articolata a troppo facili schematismi, tuttavia balza piuttosto evidente come mentre sul piano nazionale la prospettiva giurisdizionale giochi un ruolo assai diverso a seconda del contesto di fondo in cui si sviluppa, per cui essa può essere espressione di una concezione monista, là dove tale monismo nasce e si consolida, ma anche di una concezione pluralistica, là dove la sovranità si indebolisce e si frammenta; al contrario sul piano internazionale, trattandosi di un ordinamento in cui i rapporti di forza vengono addirittura istituzionalizzati (si pensi all'attuale configurazione del Consiglio di Sicurezza), la giurisdizione internazionale tende ad essere connessa a una visione monista. Ma anche su questi profili avremo modo di intrattenerci in seguito.

Infine, un accenno alla dicotomia nazionalizzazione/internazionalizzazione. Se, ancora una volta, sono da evitare rigidi schematismi che portano a identificare internazionalizzazione e giurisdizionalizzazione,

¹⁰ J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit., 75 ss.

¹¹ In argomento si leggano 'in parallelo' i saggi di M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, cit., 3 ss. e di M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 163 ss.

¹² In argomento fondamentale C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano, 1998, *passim*.

nonché nazionalizzazione e negoziazione-conciliazione, tuttavia non c'è alcun dubbio che quando la dimensione internazionale vuole giocare un ruolo incisivo, al fine di perseguire «scopi di giustizia» oppure di «sicurezza», lo strumento utilizzato è la giurisdizione (internazionale o nazionale), la quale consente di mantenere un rapporto privilegiato con la parte che, avendo vinto il conflitto, esercita tale potere giurisdizionale; al contrario, strumenti di mediazione e conciliazione, ponendo al centro le parti del conflitto, esaltano l'autonomia nazionale.

2. Concetto e caratteri della giustizia di transizione

Tutto ciò premesso, la mia relazione si articolerà in quattro parti: la prima sarà dedicata al concetto di «giustizia di transizione», ai suoi caratteri e ai problemi che pone; nella seconda parte verrà compiuta una disamina delle finalità e degli strumenti che entrano in gioco nella giustizia di transizione, mettendo in particolare evidenza pregi e difetti dei vari strumenti; nella terza parte cercherò di compiere un quadro di ciò che sta accadendo in questi ultimi anni nella realtà della Comunità internazionale, provando a tracciare le possibili tendenze evolutive e i loro significati; infine, nell'ultima parte compirò un tentativo di razionalizzazione sistematica e funzionale degli strumenti utilizzabili, nella premessa che soluzioni rigide e unilaterali rischiano di essere distoniche rispetto agli obiettivi o non incisive sulla realtà, e nella convinzione che non solo è possibile utilizzare più strumenti a seconda delle finalità che si vogliono (e si possono) perseguire, ma anche che tali strumenti possono essere armonizzati e integrati.

Per quanto riguarda il concetto e i caratteri della giustizia c.d. di transizione, a me pare si possano distinguere tre diverse accezioni, che non si escludono a vicenda, ma anzi sono espresse contestualmente dalla medesima formula¹³. Anzitutto, *transitional justice* significa giustizia della

¹³ All'interno di una letteratura praticamente sterminata, nella produzione più recente, si veda per tutti N.J. KRITZ, *The Dilemmas of Transitional Justice*, in AA.VV., *Transitional Justice*, vol. I, *General Considerations*, a cura di N.J. Kritz, XIX ss.; N.J. KRITZ, *Progress and Humility, The Ongoing Search for Post-Conflict Justice*, in AA.VV., *Post-Conflict Justice*, a cura di M.C. Bassiouni, Ardsley-New York, 2002, 55 ss.; R.G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, 2002, 3 ss. e 11 ss.; R. MANI, *Beyond Retribution: Seeking Justice in the Shadows of War*, Malden, 2002, 51 ss.; J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit., 117 ss.; N. ROHT-ARRIAZA, *The new landscape of transitional justice*, in AA.VV., *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge, 2006, 1 ss. e in particolare 8 ss.; D. BACKER, *Cross-National Comparative Analysis*, in AA.VV., *Assessing the Impact of Transitional Justice. Challenges for Empirical Research*, a cura di H. Van der Merwe, V. Baxter e A.R. Chapman, Washington D.C., 2009, 23 ss.; K. AMBOS, *The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC*, in AA.VV., *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, a cura di K. Ambos, J. Large e M. Wierda, Berlin, 2009,

transizione. In questa prospettiva tale concetto può essere compreso soltanto se si muove dai due estremi tra i quali si agita la transizione, vale a dire dal punto di partenza e da quello di arrivo. Da un lato, per quanto riguarda il punto di partenza, il concetto di *transitional justice* muove dalla consumazione di conflitti radicali, vòlti a delegittimare e annientare la parte avversa. Tale radicalismo del conflitto si deve misurare facendo riferimento non solo e non tanto al tipo di crimini realizzati (crimini di massa, contro l'umanità), al tipo di conflitti intercorsi (armato/non armato, internazionale/non internazionale) o al tipo di regimi superati o abbattuti (totalitario, autoritario), quanto piuttosto al carattere politico-valoriale del conflitto. Porre al centro la dimensione politico-valoriale del conflitto consente infatti di adottare una concezione – per così dire – essenziale (da essenza) e ampia della giustizia di transizione. Essenziale, perché è proprio la contrapposizione assoluta tra diverse visioni di valori che determina una violazione dei diritti umani così vasta e consistente. Ampia, perché permette di non avere limiti storici (di giustizia di transizione si può parlare anche rispetto alle vicende di Atene tra il 411 e il 403 a.C.); né geografici (in ogni continente si conosce il fenomeno della giustizia di transizione); né sul piano dei conflitti (che possono essere armati, come non armati; internazionali, come non internazionali).

Dall'altro lato, il concetto di giustizia di transizione implica una meta da raggiungere. Tale meta risulta molto più difficile da definire, per la semplice ed ovvia ragione che si presenta come un concetto da contestualizzare, senza dubbio parziale e relativo, stavolta assai mutevole dal punto di vista storico, geografico e conflittuale, ma soprattutto, come vedremo meglio in seguito, condizionato dallo stesso carattere transitorio della giustizia di transizione, la quale è strettamente legata agli scenari e alle vicende politiche contingenti. Tuttavia, mi pare si possano definire due punti fermi. Da un lato, non c'è alcun dubbio che la giustizia di transizione ha un obiettivo finale consistente nella convivenza pacifica e quindi nella sostanza nel reciproco rispetto dei diritti umani, i quali non possono che essere concepiti alla luce delle diverse realtà locali, ma comunque caratterizzati da un nucleo comune di autentico rispetto della persona. Dall'altro lato, è ben possibile che, in vista di questo obiettivo finale, all'interno dei

21 ss.; C. BELL, *The "New Law" of Transitional Justice*, ivi, 105 ss. Nella letteratura italiana vedi per tutti A. LOLLINI, *La "giustizia di transizione". Il principio del "duty to prosecute" come una nuova variabile di "eterodeterminazione" dei processi costituenti?*, in AA.VV., *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia dell'Europa Centro-orientale*, a cura di G. Gozzi e F. Martelli, Bologna, 2004, 323 ss.; A. LOLLINI, *"Fare i conti con il passato": osservazioni sulla struttura e sulle funzioni dei meccanismi di risoluzione dei conflitti nelle transizioni costituzionali*, in AA.VV., *Pena, riparazione e riconciliazione*, a cura di G. Mannozi e F. Ruggieri, Como, 2007, 119 ss.; M. CHERIF BASSIOUNI, *La valutazione delle conseguenze dei conflitti: l'accertamento delle responsabilità e l'impunità*, in *Criminalia*, 2010, 23 ss. e in particolare 44 ss.

contesti in transizione si ponga l'esigenza di ottenere alcuni obiettivi intermedi, che pur essendo transitori sono comunque fondamentali per la creazione di condizioni autenticamente stabili e condivise che consentano una convivenza pacifica, come ad esempio quello di far cessare le violenze in atto aprendo a una fase di mediazione. Quindi, se non ha senso chiudere in formule rigide l'esito della transizione, tuttavia è vero che tale transizione, anche al fine di impedire rischi di manipolazione, non può che tendere alla realizzazione di presupposti più o meno definitivi per una convivenza pacifica.

Ma *transitional justice* significa anche giustizia *nella* transizione, vale a dire la giustizia che si fa durante la fase di passaggio dalla fine del conflitto alla realizzazione di condizioni minime di convivenza. In questa prospettiva si possono individuare due diverse direttrici. Da un lato, si pone il problema della gestione – per così dire – immediata della fase transitoria. In quest'ottica si avverte soprattutto l'esigenza di far cessare le violenze e di assicurare uno standard minimo di sicurezza che possa consentire la ripresa di alcune attività sociali fondamentali. Dall'altro lato, si pone il problema di gestire le diverse istanze che trovano la propria origine non tanto nella transizione in sé e per sé considerata, ma piuttosto nella realtà passata segnata dal conflitto e in quella futura desiderosa di pace. In particolare, si tratta delle esigenze di giustizia per i crimini commessi e quelle di pacificazione per la convivenza futura; le istanze di punizione e quelle di amnistia; la necessità di memoria e quella di oblio. In questa prospettiva la giustizia nella transizione si inserisce necessariamente all'interno di un processo politico-istituzionale che ha per sua natura carattere costituente, da intendersi sia in senso istituzionale, come costituzione di un nuovo patto di convivenza, sia in senso politico-sociale, come rimozione delle cause profonde che hanno portato alla genesi del conflitto.

Transitional justice significa, poi, giustizia *in* transizione, che si presenta essa stessa in transizione, nel senso che ha un carattere particolarmente dinamico, instabile, suscettibile di trasformazioni e mutamenti. È sufficiente pensare a quanto l'attività di ricostruzione muti a seconda del tipo di conflitto (autentica guerra civile tra fazioni paritetiche oppure regime totalitario che ha visto una parte dominare incontrastata sull'altra), del rapporto che intercorre tra vincitori e vinti (di labile fiducia o di persistente delegittimazione), del grado di distruzione del paese, del livello di compromissione del potere giudiziario con il potere politico, del livello umano e culturale della classe politica dirigente ecc.

Ebbene, questo carattere transitorio della giustizia di transizione, molto spesso sottovalutato, ha una grandissima importanza per comprendere appieno il fenomeno, in quanto, come vedremo, le stesse finalità che si perseguono e gli stessi strumenti che si utilizzano finiscono per essere condizionati in termini molto consistenti, per non dire decisivi, dai fattori variabili; per cui, ad esempio, non ha molto senso auspicare o addirittura imporre la persecuzione di autori di crimini contro l'umanità o di guerra a livello nazionale quando poi le stesse istituzioni giurisdizionali si rive-

lano così dissestate da non poter operare oppure così compromesse con il regime autoritario abbattuto da essere esse stesse oggetto di giudizio. Così come, in presenza di violenze diffuse, incessanti e cruente e di parti contendenti decisamente chiuse a qualsiasi dialogo, può essere un ottimo risultato quello di far cessare le violenze anche in cambio di un'amnistia.

Infine, recentemente il concetto di *transitional justice* sta conoscendo un'interessante implementazione funzionale¹⁴. Muovendo dall'idea che la giustizia di transizione deve essere uno strumento idoneo a dar vita a una realtà politico-istituzionale capace di costituire solide basi per una convivenza futura e quindi di prevenire un ritorno al conflitto, alcuni Autori non hanno mancato di notare come la giustizia di transizione non si debba occupare soltanto della avvenuta violazione dei diritti umani e della costruzione di istituzioni stabili, ma si debba estendere anche al superamento delle ingiustizie socio-economiche che molto spesso sono state le ragioni profonde del conflitto. In questa prospettiva, quindi, la giustizia di transizione diviene un concetto molto più articolato e complesso, che ha l'ambizione di contribuire alla trasformazione delle società oppresse ed escludenti in società autenticamente libere e inclusive, anche da un punto di vista economico-sociale.

Alla luce di quanto abbiamo appena detto, non ci pare del tutto fuori luogo concludere che il concetto di giustizia di transizione altro non è che un modo diverso, potremmo dire più ampio, complesso e integrato, di vedere il fenomeno che da una prospettiva meramente giuridico/giurisdizionale-penalistica (occidentale?) verrebbe qualificato come il fenomeno dei crimini di massa.

3. Finalità e mezzi della giustizia di transizione

Si possono individuare tre diverse finalità e tre diversi strumenti della giustizia di transizione: pace, giustizia e riconciliazione, come obiettivi; amnistia, punizione/giurisdizione, commissioni verità e/o riconciliazione, come mezzi.

¹⁴ L.E. FLETSCHER, H.M. WEINSTEIN, *Violence and Social Repair: Rethinking the contribution of Justice to Reconciliation*, in *Human Rights Quarterly*, 2002, 573 ss.; R. MANI, *Rebuilding an Inclusive Political Community After War*, in *Security Dialogue*, 2005, 511 ss.; R. MANI, *Dilemmas of Expanding Transitional Justice*, in *International Journal of Transitional Justice*, 2008, 253 ss.; L.J. LAPLANTE, *Transitional Justice and Peace Building: Diagnosing and Addressing the Socioeconomic Roots of Violence through a Human Rights Framework*, in *International Journal of Transitional Justice*, 2008, 331 ss.; P. ARTHUR, *How "Transitions" Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice*, in *Human Rights Quarterly*, 2009, 321 ss.; W. LAMBOURNE, *Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence*, in *International Journal of Transitional Justice*, 2009, 28 ss.; D. POWELL, *The Role of Constitution Making and Institution Building in Furthering Peace, Justice and Development: South Africa's Democratic Transition*, ivi, 2010, 230 ss.

Una prospettiva rigida e schematica che accoppiasse automaticamente pace e amnistia, giustizia e punizione, riconciliazione e commissioni sarebbe decisamente fuorviante, se non addirittura errata. Così come sarebbe altrettanto errato un approccio ‘meccanico’ che sancisse in termini definitivi alcune incompatibilità o addirittura ‘illegittimità’, ritenendo ad esempio inconciliabili gli obiettivi della giustizia internazionale e della pace nazionale oppure i mezzi della punizione e della riconciliazione.

Da un lato, infatti, questa rigidità si scontrerebbe con il carattere dinamico e transitorio della giustizia di transizione che abbiamo evidenziato nel paragrafo precedente. Vero è che tutte queste finalità e tutti questi strumenti presentano pregi e difetti, ovvero, presi di per sé, sarebbero insufficienti, così come scartarne uno significherebbe precludersi una possibilità che potrebbe rivelarsi utile all’interno di un contesto caratterizzato da circostanze particolari.

Dall’altro lato, occorre notare come siano perseguibili vari tipi di finalità così come siano utilizzabili vari tipi di mezzi. In particolare, le finalità possono essere modulate secondo ‘intensità’ molto diverse. Così, ad esempio, si può parlare di giustizia in senso forte, come vera e propria punizione dei responsabili e lotta all’impunità, oppure in senso debole, come affermazione e riconoscimento di determinate responsabilità; alla stessa stregua, si può parlare di pace in senso forte, come vera e propria convivenza pacifica, oppure in senso debole, come cessazione delle violenze e deposizione delle armi; parimenti, è possibile fare riferimento a una riconciliazione in senso forte, come ricomposizione sostanziale del conflitto e quindi autentico ed effettivo riconoscimento della parte maggiormente offesa, oppure in senso debole, come riconoscimento meramente formale della parte avversa. E anche gli strumenti conoscono delle varianti. Così, ad esempio, l’amnistia può essere in bianco oppure condizionata, riguardare tutti i criminali oppure alcuni soltanto, estendersi a tutti i crimini oppure solo a quelli meno gravi. Anche la giurisdizione conosce numerose varianti, potendo essere nazionale, internazionale oppure mista, e potendosi compiere all’interno di quest’ultima ulteriori distinzioni (imposta dalla Comunità internazionale oppure voluta dallo Stato; composta da giudici stranieri o in parte anche da giudici statali; disciplina del procedimento internazionale oppure locale). Infine, le commissioni possono essere di verità o di riconciliazione, ma anche di verità e riconciliazione, soltanto d’inchiesta oppure avere anche una funzione giurisdizionale.

3.1 I mezzi, in particolare. *L’amnistia*

L’amnistia può essere definita come un provvedimento a carattere generale finalizzato all’impunità per determinati reati commessi¹⁵. Al suo

¹⁵ Per un inquadramento generale dell’istituto cfr. G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto, grazia*, Milano, 1974, 11 ss.; e da una prospettiva più politica P.P. PORTINARO,

interno occorre distinguere varie tipologie aventi finalità molto diverse tra di loro. In particolare, da un lato, vi sono le amnistie che vengono adottate all'interno di sistemi politici – per così dire – stabili e pacificati. Si pensi alle amnistie che hanno ad oggetto reati comuni oppure a quelle connesse ad eventi eccezionali, come anche alle amnistie volte a correggere alcune distorsioni del sistema punitivo, come ad esempio il sovraffollamento carcerario. Ebbene, questi tipi di amnistia non rilevano ai fini del nostro discorso, proprio perché connesse ad una realtà politica nella sostanza pacifica.

Dall'altro lato, vi sono invece amnistie che sono strettamente legate a conflitti politico-valoriali. E sono proprio queste amnistie che a noi interessano. Tuttavia, anche all'interno di queste occorre compiere alcune distinzioni, poiché non tutte rilevano ai nostri fini. In particolare, non interessano le amnistie destinate a prigionieri politici 'non violenti', che nella sostanza non hanno commesso alcun fatto espressivo di disvalore, non solo e non tanto perché molto spesso sono adottate da una parte per i propri seguaci a seguito del collasso di un regime autoritario, quanto piuttosto perché manca lo stesso crimine presupposto fondamentale per aversi un'autentica amnistia.

Là dove un crimine esiste, sulla base dei destinatari si può distinguere tra le amnistie soltanto per i seguaci o c.d. di auto-assoluzione e quelle estese anche ai nemici. Le prime sono caratterizzate dal fatto che il provvedimento di amnistia è adottato da una delle parti del conflitto e ha come destinatari i propri adepti, che per l'appunto appartengono alla stessa fazione che adotta il provvedimento. Com'è facile intuire, queste amnistie non hanno nulla a che vedere con la giustizia di transizione, rappresentando piuttosto un atto di consolidamento del potere da parte di una fazione a discapito dell'altra, con l'effetto finale di lasciar permanere o addirittura acuire il conflitto, anziché risolverlo. Queste amnistie vengono adottate soprattutto dai regimi autoritari o totalitari appena riescono ad instaurarsi o quando stanno per crollare: ne sono esempi l'amnistia adottata nel 1978 in Cile dal dittatore Pinochet, quelle adottate nel 1995 in Perù, come anche l'amnistia adottata da Mussolini nel 1922, ma non è detto che non

L'amnistia tra esigenza di giustizia e ragion di Stato, in H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 1 ss. Per un utile approfondimento storico cfr. F. COLAO, *La ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie 1919-1932*, in AA.VV., *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia della pena per i reati politici dall'Unità ad oggi*, a cura di A. Santuosso e F. Colao, Verona, 1986, 71 ss.; V. MAIELLO, *La politica delle amnistie*, in AA.VV., *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, 767 ss. Nella prospettiva internazionale cfr. A. O'SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, The Hague, 2002, *passim*; L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford, 2008, *passim*; L. MALLINDER, *Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties*, in AA.VV., *Building a Future on Peace and Justice*, cit., 127 ss.; M. FREEMAN, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, 2009, *passim*.

siano adottate anche da coloro che hanno instaurato un nuovo sistema democratico, come avvenuto in Italia con l'amnistia del 1945. Le amnistie aventi come destinatari anche i nemici, invece, ci interessano, in quanto si possono considerare veri e propri strumenti utili per gestire una fase di transizione. Esse possono essere adottate soltanto da una parte oppure da entrambe, ma soprattutto si tende ad estenderle paritariamente a tutti i soggetti che hanno commesso crimini durante il conflitto.

Inoltre, sulla base del contenuto, le amnistie possono essere distinte tra quelle in bianco e quelle condizionate. Le prime hanno come effetto la semplice estinzione del reato e quindi il pieno riconoscimento dell'impunità. Quelle condizionate, invece, si caratterizzano per il fatto che l'impunità può essere vincolata all'adempimento di alcuni obblighi.

Tutto ciò premesso, si può osservare come lo strumento dell'amnistia non ponga particolari problemi quando riguarda un conflitto valoriale che tuttavia si inserisce all'interno di un contesto politico – per così dire – avaloriale, in un contesto cioè in cui nessuna delle due parti afferma i propri valori come assoluti e valevoli anche per l'altra, ovvero in cui i valori promossi da entrambe le parti sono considerati reciprocamente legittimi, e quindi in un contesto in cui il conflitto violento è considerato strumento legittimo per la risoluzione delle controversie¹⁶. In un contesto avaloriale così delineato, non è possibile che il vincitore giudichi lo sconfitto. Se ciò accadesse, si avrebbe una prosecuzione del conflitto attraverso l'esercizio della giurisdizione, conflitto che tuttavia trasmoderebbe in una sorta di annientamento del nemico in quanto il soggetto ormai sconfitto non sarebbe in grado di fronteggiare la parte avversa. Essendo entrambe le parti legittime, a conclusione del conflitto è necessario sospendere ogni valutazione delle ragioni reciproche, perché sarebbe addirittura impossibile trovare un soggetto terzo. Proprio perché entrambe le parti sono legittime, l'amnistia diviene uno strumento indispensabile. Questa prospettiva è felicemente sintetizzata nella seguente frase di Carl Schmitt: «nella storia dell'umanità tutte le guerre civili che non sono terminate con la distruzione totale dell'avversario, si sono concluse con un'amnistia. La parola “amnistia” significa dimenticanza, e non solo dimenticanza, ma anche severo divieto di rivangare nel passato e di cercarvi motivi per nuovi atti di vendetta e richieste di risarcimento [...] dopo il ripristino della normalità nessuno può essere perseguito e punito per il fatto di essersi messo dalla parte sbagliata»¹⁷.

¹⁶ Coglie questo aspetto anche L. MICHELETTI, *Vae Victis! Giustizia di Brenno e repressione dei crimini di guerra*, in AA.VV., *Corte penale internazionale. Aspetti di giurisdizione e funzionamento nella prassi iniziale*, a cura di O. Ferrajolo, Milano, 2007, 189 ss.

¹⁷ C. SCHMITT, *La guerra civile fredda*, in C. SCHMITT, *Scritti politico-giuridici 1933-1942*, Perugia, 1983, 126. Sulla stessa scia cfr. G. FREUND, *Amnestie – ein auferlegtes Vergessen*, in *Der Staat*, 1971, 173 ss.; R. SCHNUR, *Rivoluzione e guerra civile*, Milano, 1986, 153 ss.; H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 93 ss.

Al contrario, in un contesto valoriale, in un contesto che potremmo definire «costituzionale» (nazionale o internazionale), esistente o costituentesi, in un contesto, cioè, in cui si tendono ad affermare valori assoluti da tutti condivisi, l'amnistia diviene senza dubbio uno strumento distorto, ponendosi fortemente in tensione proprio con quei valori comuni ed unitari su cui per l'appunto si basa o si baserà il patto costituzionale.

Ecco allora disvelarsi alcuni limiti dell'amnistia. Anzitutto, in questa prospettiva, essa rappresenta il primato della politica sul diritto, dell'opportunità e della *voluntas* sulla *ratio* e sui valori del diritto (dei diritti). L'amnistia diviene espressione di una concezione imperativista e assolutista, contrapposta a quella dialogica e relazionale. Certo alla base della sua adozione vi può essere la buona intenzione di attenuare il più possibile divisioni pur sempre esistenti, tuttavia non si può dire nemmeno che vi sia la volontà di unire, posto che una unità reale non può che radicarsi sul riconoscimento e la condivisione di alcuni valori comuni, la cui violazione non può essere sottaciuta: in sostanza, amnistiare in un contesto valoriale significa negare i valori su cui si fonda l'unità.

In secondo luogo, in un contesto valoriale, amnistia significa amnesia, oblio, dimenticanza, forse addirittura rimozione delle cause che sono state alla base del conflitto. Tuttavia, non può esserci percorso costituzionale, se non si è in grado di aprire un reale confronto con quanto accaduto nel passato e sulle ragioni profonde che lo hanno determinato.

Inoltre, amnistia significa esclusione totale della vittima dalle dinamiche *post* conflittuali. Là dove non c'è spazio per la memoria, non può esserci spazio per coloro che hanno subito torti ed offese.

Infine, e potremmo dire soprattutto, in un contesto valoriale costituito o costituentesi, l'amnistia contraddice proprio tale prospettiva costituzionale, che presuppone, se non una vera e propria riconciliazione, quanto meno una reale ed effettiva partecipazione di una pluralità di soggetti alla conclusione di un patto a cui tutti aderiscono e che tiene conto di quanto accaduto: non solo la fondazione di un patto non può basarsi sul vuoto dell'oblio, ma soprattutto, qualora si tratti di un patto costituzionale, non può basarsi su ciò che alla fin fine contraddice la stessa dimensione valoriale che contraddistingue il patto.

D'altra parte, anche in una prospettiva valoriale, non si può ritenere che l'amnistia abbia soltanto limiti o difetti¹⁸. Si tratterebbe di una visione molto angusta dell'istituto. Ed infatti, anzitutto si deve tener presente che all'interno di un'autentica transizione politica l'amnistia tende ad estendersi a entrambe le parti. Certo, un'applicazione così estesa può essere politicamente interpretata come il tentativo da parte del vincitore di acquisire legittimità e credibilità in una prospettiva di stabilizzazione unilaterale e opportunistica magnanimità. Tuttavia, l'effetto giuridico sarebbe quello

¹⁸ Per una recente 'rivalutazione' dell'amnistia in ambito internazionale, cfr. L. MALLINDER, *Amnesty*, cit., 117 ss.; M. FREEMAN, *Necessary Evils*, cit., 31 ss. e 180 ss.

di una parità di trattamento che senza dubbio è uno dei caratteri fondamentali per una 'giustizia' post-conflittuale.

In secondo luogo, e conseguentemente, l'amnistia non sfocia in una giustizia parziale, del vincitore e quindi in una giustizia politica che alla fine giustizia non è. Senza considerare che le norme che governano l'ordine politico devono essere basate su un accordo politico tra i gruppi contendenti e sulla creazione di solide istituzioni amministrative che possano rafforzare il rispetto della legge. Ebbene, là dove la restaurazione della pace, la sicurezza, l'ordine sono gli interessi primari che si intendono perseguire, la concessione di un'amnistia può aiutare a raggiungere questi obiettivi.

Infine, non si può dimenticare come l'amnistia sia uno strumento duttile e flessibile che risulta particolarmente consentaneo al carattere transitorio della giustizia di transizione. Così, ad esempio, essa può contribuire, se non alla riconciliazione, comunque ad ottenere alcuni obiettivi, come ad esempio la deposizione delle armi, senza il raggiungimento dei quali qualsiasi processo costituente o riconciliativo non sarebbe nemmeno in grado di iniziare. Non si può dimenticare, infatti, che, soprattutto là dove il conflitto è ancora in atto, esponenti politici e relativi combattenti sono disposti a cessare le violenze soltanto in cambio di condizioni che assicurino loro una certa impunità. In buona sostanza, coloro che ritengono che la pace non può essere barattata in cambio della giustizia, in determinate circostanze, devono essere preparati a giustificare la prosecuzione del conflitto armato.

3.2 La giurisdizione: tra limiti attuali...

Giurisdizione significa punizione. Anche all'interno della giurisdizione si devono distinguere meccanismi in realtà molto diversi tra di loro. Alla giurisdizione nazionale si contrappone infatti quella internazionale e, – per così dire – a metà strada, si collocano le giurisdizioni miste. All'interno della prospettiva internazionale si può poi distinguere tra i tribunali creati *ad hoc* dopo il conflitto e quelli preesistenti in quanto permanenti (la Corte penale internazionale). Ed anche all'interno delle giurisdizioni miste si può poi ulteriormente distinguere a seconda che siano istituite su iniziativa dell'ONU o dei singoli Stati.

La peculiare configurazione di questi strumenti risponde poi ad esigenze e finalità altrettanto specifiche. Così, ad esempio, non c'è dubbio che una giurisdizione nazionale del tutto sganciata da una dimensione internazionale ha in sé moltissimi rischi di scivolare in una giustizia politica del vincitore sul vinto: lo Stato che utilizza lo strumento penale è necessariamente lo Stato di chi ha vinto il conflitto, con la conseguenza che destinatario di tale strumento sarà inevitabilmente il nemico, per giunta sconfitto. La giurisdizione internazionale, ponendosi al di sopra dei singoli Stati, offre, invece, di per sé maggiori garanzie di imparzialità, ma la stessa possibilità di configurarsi in modi differenti (*ad hoc*, permanente, mista) esprime livelli diversi di imparzialità.

La giurisdizione è perfettamente consentanea ad un contesto valoriale, dove cioè esistono valori comuni riconosciuti e condivisi. Soltanto se esistono tali valori, si aprono gli spazi per un soggetto terzo e imparziale che si pone al di sopra delle parti con la funzione di tutelare/ripristinare i valori violati. Al contrario, in un contesto avaloriale la giurisdizione non può e non deve trovare spazio, in quanto, in assenza di valori comuni, attribuire ad un terzo, oltretutto inevitabilmente vincitore, il potere di giudicare significa creare una giustizia del vincitore che non è giustizia, ma, a ben vedere, è prosecuzione del conflitto, stavolta addirittura in termini assoluti, vale a dire illimitati, essendo la parte avversa, ormai sconfitta, del tutto incapace di esprimere una forza da contrapporre.

Il grande, vero problema della giurisdizione nasce nel momento in cui il contesto complessivo del sistema si presenta soltanto in apparenza e formalmente valoriale, mentre in realtà è avaloriale. Detto in altri termini, com'è stato osservato efficacemente, all'interno di un contesto che si professa valoriale (basato sulla tutela dei diritti umani):

[...] la giustizia nei confronti dei crimini politici si colloca tra queste due possibilità: essere a sua volta strumento, sotto mentite spoglie, che aggrava e sancisce, anche simbolicamente, separazione e dominio (la giustizia politica come «giustizia dei vincitori») ovvero essere giustizia senza aggettivi, che, punendo chi ha rotto in modo tanto grave e organizzato la rete dei rapporti civili, li ri-afferma, ri-creando ragioni di convivenza, ribadendo così la volontà collettiva di rientrare in una vista politica di tipo aristotelico. In breve, la questione è se e come sia possibile una risposta giudiziaria ai crimini politici che si sottragga alla logica amico-nemico, del forte sul debole, del vincitore sul vinto: che non sia dunque un atto di guerra mascherato, ma sia un atto di giustizia che riafferma la giustizia¹⁹.

Ebbene, sono a tutti noti i limiti del nostro sistema internazionale 'giurisdizionale', che sempre di più si è rivelato e si rivela un sistema ancora parziale, selettivo, unilaterale. E infatti, per quanto dovrebbe essere imparziale e terzo, molto spesso è risultato di parte, non essendo mancate occasioni in cui il 'giudice' ha coinciso con soggetti che appartenevano allo schieramento vincente. Così i Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokio, volti a processare i criminali di guerra tedeschi e giapponesi, furono istituiti *ad hoc* dalle forze vincitrici e composti da membri nominati dai loro governi, con esclusione non solo della parte sconfitta, ma anche degli Stati neutrali²⁰. Altre volte ancora, in termini molto più deprecabili, le forze vincitrici di un conflitto si sono avvalse di giurisdizioni

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Crimini di massa e responsabilità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 775.

²⁰ In argomento si veda H. KELSEN, *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, in *Nuovi studi politici*, 1989, 99 ss.

nazionali affinché fosse amministrata la ‘giustizia dei vincitori’ (si ricordi il processo a Saddam Hussein, svoltosi davanti un tribunale nazionale istituito *ad hoc*, composto da soggetti nominati dal Governo provvisorio insediato dalle forze occupanti²¹).

Per quanto dovrebbe essere bilaterale e non selettiva, la giurisdizione internazionale si è mostrata invece unilaterale e discrezionale. Così, in ordine alla unilateralità, i Tribunali di Norimberga e di Tokyo ‘per legge’, e nei fatti anche il Tribunale istituito *ad hoc* per la ex Jugoslavia, hanno perseguito soltanto i reati di una sola parte, nonostante che vi fossero elementi per perseguire crimini commessi anche dall’altra²². Sotto il profilo della selettività, non si comprende la ragione per cui all’interno dell’intero panorama internazionale si siano create giurisdizioni *ad hoc* soltanto per alcuni conflitti trascurando completamente altri²³.

Più in generale, occorre osservare come negli ultimi anni la giurisdizione internazionale sia stata sempre più strettamente connessa al Consiglio di sicurezza, il quale è senza dubbio un organo politico. Così, i Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e il Ruanda sono stati istituiti dal Consiglio di Sicurezza²⁴. Inoltre, lo stesso Statuto della Corte penale internazionale attribuisce un ruolo molto importante a tale istituzione, la quale ha la possibilità di attivare la giurisdizione della Corte (c.d. *referral* di cui all’art.

²¹ Vedi per tutti D. ZOLO, *The Iraqi Special Tribunal. Back to the Nuremberg Paradigm?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 313 ss.

²² In ordine al Secondo conflitto mondiale non si possono dimenticare il bombardamento delle città tedesche di Dresda e Amburgo e l’esplosione di ordigni atomici nelle città giapponesi di Hiroshima e Nagasaki da parte degli Alleati. Rispetto al Conflitto della ex Jugoslavia si deve ricordare la scelta del procuratore del Tribunale penale internazionale di non avviare un’inchiesta su eventuali violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dalle forze della NATO nel corso dell’operazione aerea condotta nel 1999 sulla Repubblica Federale di Jugoslavia.

²³ In argomento si veda M. STARITA, *La giustizia internazionale per gross violations di diritti umani fra esigenze retributive riconciliative*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino, 2009, 61 s., il quale precisa che «l’istituzione, nel 1994, del Tribunale penale internazionale ad hoc per il Ruanda, su richiesta del governo ruandese, fu basata sulla considerazione [...] che una simile misura era funzionale ad una definitiva soluzione del conflitto. Due analoghe richieste pervenute al Consiglio di Sicurezza dai governi di altri due Stati africani sui cui territori si erano determinate violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani – la Repubblica democratica del Congo e il Burundi – invece, non furono accolte e in entrambi i casi la soluzione negativa fu giustificata anche in base alla considerazione dei possibili riflessi negativi sulle prospettive di riconciliazione nazionale».

²⁴ Sul punto specifico cfr. M. ARCARI, *Tribunali penali ad hoc, Corte penale Internazionale e Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, in AA.VV., *Dal Tribunale per la ex Jugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di G. Calvetti e T. Scovazzi, Milano, 2004, 5 ss.

13, lett. b), Statuto) e di sospendere, attraverso una propria risoluzione, le indagini e il procedimento del procuratore per un periodo, rinnovabile, di un anno (c.d. *deferral* di cui all'art. 16 Statuto)²⁵. In particolare, sotto il primo profilo, si deve notare come la decisione di rinviare alla Corte una determinata situazione dipenda, in definitiva, dall'esistenza nel Consiglio di Sicurezza di una maggioranza di Stati favorevoli e dall'assenza di veto da parte dei Membri permanenti, circostanza che ha natura soltanto politica. Inoltre, il procedimento di voto in seno al Consiglio ha come conseguenza l'esclusione della possibilità di *referral* di qualunque situazione in cui risultino commessi crimini di cui sono sospettate persone appartenenti ad uno Stato membro permanente o ad uno Stato ad esso alleato²⁶. Infine, pur essendo vero che il Procuratore mantiene pur sempre una discrezionalità valutativa in ordine all'esercizio dell'azione²⁷, si deve considerare che il Consiglio di Sicurezza potrà comunque attivare la Corte anche in relazione a crimini commessi sul territorio di Stati o da cittadini di Stati che non sono parti, con la conseguenza che il Consiglio potrà di fatto obbligare uno Stato ad accettare la giurisdizione della Corte²⁸. Sotto il profilo del *deferral* di cui all'art. 16, si deve osservare come tale norma, pur avendo lo scopo di prevenire eventuali conflitti tra l'esigenza internazionale di punire e quella – per così dire – nazionale di far cessare il conflitto mediante eventuali amnistie, abbia trovato un'applicazione del tutto distorta nelle risoluzioni n. 1422 del 2002 e n. 1487 del 2003, ciascuna delle quali ha garantito per un anno, agli operatori dell'ONU non cittadini di Stati parti al Trattato istitutivo della Corte, un'esenzione generalizzata e preventiva dalla giurisdizione²⁹, e nella ri-

²⁵ In argomento vedi ampiamente A. CIAMPI, *I rapporti della Corte con le Nazioni Unite*, in AA.VV., *La Corte penale internazionale. Organi – Competenza – Reati – Processo*, coordinato da G. Lattanzi e V. Monetti, 123 ss.; P. GARGIULO, *Il controverso rapporto tra Corte penale internazionale Consiglio di Sicurezza per la repressione dei crimini di diritto internazionale*, in *Comunità internaz.*, 1999, 428 ss.

²⁶ A. CIAMPI, *I rapporti*, cit., 137.

²⁷ In questo senso vedi per tutti G. DELLA MORTE, *La potestà giurisdizionale della Corte penale internazionale: complementarità, condizioni di procedibilità, soggetti legittimati a richiedere l'esercizio dell'azione penale e ne bis in idem*, in AA.VV., *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, a cura di G. Carlizzi, G. Della Morte, S. Laurenti e A. Marchesi, Napoli, 2003, 37.

²⁸ M. ARCARI, *Tribunali penali ad hoc*, cit., 19.

²⁹ In argomento cfr. R. CADIN, *Quando la barbarie si traveste da diritto n. 3: il boicottaggio della Corte penale internazionale da parte degli Stati Uniti*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2002, 92 ss.; R. CADIN, *La prassi del Consiglio di Sicurezza in materia di deferral: ultra innovativa o ultra vires?*, in AA.VV., *Corte penale internazionale*, cit., 127 ss. Sul tema, si veda inoltre A. CRESCENZI, *Gli Stati Uniti e gli accordi di esenzione dalla giurisdizione della Corte penale internazionale*, in AA.VV., *Corte penale internazionale*, cit., 147 ss., dove si prende in esame la politica degli Stati Uniti volta a concludere alcuni accordi bilaterali sulla base dell'art. 98 dello Statuto per impedire che cittadini statunitensi siano giudicati dalla Corte senza il loro consenso.

soluzione n. 1593 del 2005, relativa alla crisi del Darfur in Sudan, nella quale il Consiglio di Sicurezza ha limitato la giurisdizione della Corte ai soli cittadini del Sudan³⁰, gettando così ombre in ordine alla bilateralità della giustizia amministrata dalla Corte stessa. Se poi si considera che tre membri permanenti del Consiglio di sicurezza aventi potere di veto (Stati Uniti, Cina, Russia) non hanno ancora ratificato il trattato, si comprende molto bene perché una parte della dottrina internazionalistica avvalorò l'opinione che nemmeno con la creazione di una Corte penale internazionale permanente il diritto internazionale abbia definitivamente ripudiato la logica della giustizia dei vincitori sui vinti³¹.

Alla luce di queste considerazioni, sono due i profili da considerare. Da un lato, con riferimento alla giurisdizione e al suo modo di funzionare, il punto debole che può essere messo in evidenza è rappresentato dalla dissociazione tra la sovranità giurisdizionale della Corte e la sovranità della forza, che resta in capo agli Stati. Detto in altri termini, la giurisdizione internazionale non è dotata di forza propria, con la conseguenza che finisce per dipendere dalla sovranità degli Stati, ovvero, senza una efficace collaborazione dei singoli Stati, la Corte è nella sostanza impotente³². Ebbene, questa dissociazione può essere considerata la causa profonda dei limiti della giurisdizione internazionale, non soltanto perché è a rischio l'effettività del suo operato anche dal punto di vista generalpreventivo³³, ma soprattutto perché tale condizione di debolezza incide sulla imparzialità e la bilateralità della giurisdizione: in termini molto efficaci si è osservato che

[...] i problemi della giustizia penale internazionale hanno radice non nella forza, bensì nella debolezza dell'istituzione di giustizia rispetto al mondo degli Stati e delle istituzioni politiche della Comunità internazionale [...]. Paradossalmente, è proprio la debolezza rispetto agli Stati che fa della giustizia penale internazionale una *giustizia dei vincitori* [...] l'effettiva sottoposizione alla spada della giustizia internazionale dipende da reali rapporti di forza: di una forza di cui la giustizia non ha il monopolio, che è nelle mani degli Stati, e che può essere, in mi-

³⁰ Cfr. anche L. CONDORELLI, A. CIAMPI, *Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, 590 ss.; A. CIAMPI, *I rapporti*, cit., 154 ss.; C. RAGNI, *La crisi del Darfur: banco di prova del rapporto tra Consiglio di sicurezza e Corte penale internazionale*, in *Comunità internaz.*, 2005, 697 ss.; R. CADIN, *La prassi del Consiglio di Sicurezza in materia di deferral*, cit., 135 ss.

³¹ Vedi O. FERRAJOLO, *La Corte penale internazionale tra indipendenza e cooperazione*, in AA.VV., *Corte penale internazionale*, cit., 85; T. SCOVAZZI, *La repressione internazionale dei crimini di guerra: alcune divagazioni sul tema della giustizia dei vincitori*, in AA.VV., *Dal Tribunale per la ex Jugoslavia*, cit., 134 ss.

³² O. FERRAJOLO, *La Corte penale internazionale*, cit., 31 ss.; M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, 10.

³³ G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare*, cit., 16.

sura consistente, nelle mani (anche) degli autori dei più gravi crimini contro l'umanità e la pace³⁴.

Senza considerare, poi, che, come insegna la vicenda del Tribunale penale internazionale *ad hoc* per il Ruanda³⁵, l'efficacia della giurisdizione dipende da molte altre condizioni: disponibilità di risorse economiche, sistemi giudiziari funzionanti ecc.

Dall'altro lato, soltanto nuovi equilibri e un nuovo modo di concepire la Comunità internazionale possono contribuire alla costruzione di un vero e proprio sistema internazionale giurisdizionale. La giurisdizione, infatti, è il precipitato dell'assetto dei 'poteri politici' e soltanto là dove la comunità si configurerà autenticamente in termini paritari, allora la giurisdizione potrà essere terza.

3.2.1 (Segue): ... e limiti e meriti intrinseci

D'altra parte, il profilo che interessa maggiormente sottolineare è il fatto che anche là dove si fosse in presenza di un modello – per così dire – ideale, autenticamente giurisdizionale (imparziale, bilaterale, razionalmente discrezionale, effettivo e connesso a una sovranità/forza autonoma), non c'è dubbio che, rispetto alla giustizia di transizione, la prospettiva giurisdizionale mostrerebbe pur sempre alcuni limiti di non poco conto, su cui si deve soffermare la nostra attenzione.

Anzitutto, esiste una sorta di sproporzione di scala tra l'impiego dei meccanismi punitivi e alcuni obiettivi fondamentali³⁶. La questione si presenta particolarmente delicata. Infatti, non si pone tanto un problema di conflitto/tensione tra finalità diverse³⁷: questo aspetto, senza dubbio problematico, è tuttavia molto noto a chi si occupa di diritto penale – per così dire – nazionale, all'interno del quale funzioni a volte addirittura confliggenti (prevenzione generale, retribuzione, prevenzione speciale, neutraliz-

³⁴ D. PULITANÒ, *Significato e funzioni della pena nella giustizia penale internazionale*, in *Quest. giust.*, 2007, 80. In termini analoghi vedi G. ZAGREBELSKY, *Crimini di massa*, cit., 778, il quale afferma che «la perdurante sovranità degli Stati, come criterio di organizzazione della comunità internazionale e, soprattutto, la presenza di sovranità, per così dire, più sovrane di altre, minerebbe la possibilità stessa di concepire una giurisdizione penale che effettivamente, non solo teoricamente, sieda imparzialmente al di sopra delle parti. La "sovranità giurisdizionale" si vorrebbe collocata in posizione sovraordinata e sganciata dalla sovranità politica, che per ora risiede negli Stati e controlla la forza coercitiva di cui qualunque giudice necessita perché i suoi poteri non siano puramente nominali».

³⁵ Si veda M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione Gacaca in Ruanda*, in AA.VV., *Soggetti deboli e giustizia penale*, Torino, 2003, 99 ss.

³⁶ G. FIANDACA, *I crimini internazionali*, cit., 15; G. FIANDACA, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale, tra punizione e riconciliazione*, in *questo volume*, 3 ss. (del dattiloscritto).

³⁷ Su questo profilo insiste molto M. DAMAŠKA, *L'incerta identità*, cit., 12 ss.

zazione) si contendono la dimensione punitiva in tutte le fasi della pena. Piuttosto, il problema consiste nel fatto che, da un lato, la giurisdizione è connaturata alle funzioni di prevenzione generale e di retribuzione, ma questi obiettivi, già di per sé difficilmente raggiungibili in ambito nazionale, non sembrano autenticamente perseguibili a livello internazionale³⁸; dall'altro lato, le reali esigenze che si pongono a seguito di macro violazioni dei diritti dell'uomo sono la pacificazione o addirittura il superamento di possibili tensioni attraverso più o meno sostanziali riconciliazioni, esigenze che tuttavia la giurisdizione non è in grado di soddisfare avendo in sé un'impronta polemologica che tende più a dividere e separare che ad unire e avvicinare. Il contesto sociale in cui dovrebbe operare la giurisdizione è infatti talmente squassato e lacerato che risultano del tutto distonici gli strumenti di elaborazione dei conflitti formalizzati, assolutamente consentanei a società già omogenee e stabili, fondate su solide basi di convivenza. Detto diversamente, il conflitto è stato spesso così intenso e radicale che sono state pregiudicate le stesse ragioni della convivenza, nonché gli stessi valori comuni su cui si basa la giurisdizione. Al contrario, nei contesti in cui si deve ristabilire un nuovo ordine, divengono particolarmente efficaci quegli strumenti sostanziali che, aprendo un confronto immediato e diretto tra i soggetti, consentono la riedificazione dei presupposti minimi di una convivenza pacifica.

In secondo luogo, è evidente che la giurisdizione è fisiologicamente costretta se non ad accantonare, quanto meno a soddisfare solo in parte le ragioni delle vittime³⁹. Rispetto ai crimini di massa, le ragioni delle vittime si presentano molto particolari. Se da un lato possono essere soddisfatte mediante la punizione, dall'altro lato si pongono spesso esigenze più articolate e complesse, come ad esempio la necessità di un reale ed effettivo riconoscimento da parte dell'aggressore e l'esigenza di elaborare il dolore e il trauma, finalità che possono essere perseguite non tanto attraverso lo strumento formale della giurisdizione, che obbliga i soggetti a determinate modalità procedurali 'distanzianti', ma con mezzi che permettono di mettere pubblicamente di fronte la vittima al carnefice affinché si confrontino liberamente e realmente.

Inoltre, la giurisdizione tende a frustrare un'altra esigenza molto sentita a seguito dei conflitti politici e dei crimini di massa: la ricostruzione della verità⁴⁰. Non c'è dubbio che di ricostruzione della verità si può par-

³⁸ D. ZOLO, *Peace through Criminal Law?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 727 ss.; D. PULITANO, *Significato e funzioni*, cit., 70 ss. e 81 ss.; G. FIANDACA, *I crimini internazionali*, cit., 15 s.; G. FIANDACA, *Gli obiettivi*, cit., 4 ss. (del dattiloscritto).

³⁹ In argomento vedi G. FIANDACA, *I crimini internazionali*, cit., 16 s.

⁴⁰ M. DAMAŠKA, *L'incerta identità*, cit., 16 ss.; Y. NAQUI, *The Right to the Truth in international law: fact or fiction?*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, 245 ss.; G. FIANDACA, *I crimini internazionali*, cit., 18; A. LOLLINI, *"Fare i conti con il passato"*, cit., 337 s.; R. ORLANDI, *Verità e giustizia: osservazioni di un proces-*

lare anche a seguito della conclusione di un processo. Tuttavia, la verità processuale è ben diversa da quella di cui si avverte il bisogno nei contesti in cui sono stati commessi i crimini di massa. Qui la verità è anzitutto verità dei fatti storici, vale a dire la ricostruzione di una verità molto più ampia e complessa di quella pur sempre selettiva che contraddistingue il processo, la sentenza, l'individualizzazione di una responsabilità. Quando sono stati realizzati crimini di massa la stessa vittima o i suoi familiari non conoscono le dinamiche dei fatti ed hanno sete di verità (verità individuale). Ma spesso, anche se tutti sanno, si avverte la necessità di realizzare resoconti storici veritieri e dettagliati, in quanto gli stessi autori hanno costruito regimi basati sulla menzogna (la storia è scritta dai vincitori) e persistono nella negazione dei fatti. E se non negano, comunque sperano che si sappia il meno possibile. In secondo luogo, si avverte l'esigenza che alla ricostruzione della verità partecipino gli stessi autori e le stesse vittime. Ciò non soltanto per l'esigenza di ricostruire una sorta di memoria collettiva, ma soprattutto perché la verità diviene il valore fondamentale sul quale ricostruire la convivenza: gli autori del crimine devono dimostrare di accettarla, le vittime vogliono essere ascoltate. Detto diversamente, là dove il crimine ha rotto l'unità, l'omogeneità, il patto di convivenza, si pone l'esigenza di ricostruire questa unità, ed il primo passo per farlo è la ricostruzione della verità dei fatti, la quale è una sorta di precondizione per la riconciliazione interindividuale e sociale, come anche per la creazione di una memoria collettiva. Ebbene, il processo consente di ricostruire una verità pur sempre parziale, unilaterale, frutto di una decisione e di una prospettiva che taglia e seleziona, invece di allargare. Il suo modo di operare finisce per basarsi sulla tutela del silenzio dell'accusato. La stessa sentenza si caratterizza per ufficialità, fissità, incontrovertibilità. Senza considerare, poi, come il modello processuale adottato, sostanzialmente accusatorio, incida molto negativamente sulla ricerca della verità storica⁴¹.

In una prospettiva più ampia, con riferimento ai crimini di massa, la giurisdizione finisce per essere uno strumento che agisce sugli effetti invece che sulle cause, si concentra sul crimine, sul passato, su una logica retributiva e prima ancora di lotta alla impunità, senza aggredire le cause reali e profonde del conflitto. E che vi sia necessità di estendere l'indagine al contesto sociale e di aggredire le cause lo prova la particolarità dei crimini di massa, i quali sono assai diversi da quelli comuni, non soltanto perché quantitativamente consistenti ed esprimono un disvalore particolare, ma soprattutto perché minano le basi per qualsiasi convivenza. La

sualista alla luce di recenti esperienze conciliative, in AA.VV., *Pena, riparazione, riconciliazione*, cit., 154 ss.; T. SCOVAZZI, *Considerazioni generali sulle commissioni di verità e riconciliazione*, in AA.VV., *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, a cura di F. Francioni, M. Gestri, N. Ronzitti e T. Scovazzi, Milano, 2008, 604 ss.

⁴¹ M. DAMAŠKA, *L'incerta identità*, cit., 22 ss.

prospettiva del futuro («affinché le cose non riaccadano») si presenta particolarmente delicata, in quanto non si tratta tanto di intimidire soggetti che, a ben vedere, hanno realizzato certi comportamenti grazie all'esistenza di un contesto del tutto eccezionale, forse anche irripetibile. Il punto è che si devono comprendere le ragioni profonde che hanno portato a tutto questo. E la giurisdizione si rivela decisamente inidonea.

Infine, la giurisdizione si pone in forte tensione con un eventuale processo costituente, il quale, se non è necessariamente connesso alla riconciliazione, comunque presuppone un dialogo tra le parti. La giurisdizione non fa altro che aggiungere una frattura alla frattura. Se poi si tratta di giurisdizione parziale, allora l'effetto finale può essere addirittura quello di incrementare le ostilità⁴².

Ebbene, alla luce di tutte queste considerazioni, sembra che lo spazio per una giurisdizione non solo internazionale, ma anche nazionale, addirittura non esista. D'altra parte, si deve ritenere che la giurisdizione presenti comunque almeno due profili di grandissima importanza. Anzitutto si deve osservare come essa si basi comunque sul concetto di responsabilità e di colpa personale⁴³ e come sia soprattutto rispetto ai crimini di massa, rispetto a una realtà così spersonalizzata e spersonalizzante che l'affermazione di una responsabilità penale personale e individuale acquista un'importanza fondamentale. Se è vero che si tratta di crimini che non si possono né punire né perdonare e che la punizione può apparire sempre e comunque insufficiente; se è vero che il crimine finale è frutto di forme organizzate; se è vero che la dimensione organizzata risulta deresponsabilizzante e quindi criminogena; se è vero che la dimensione pubblica della dimensione organizzata contribuisce ancor di più alla spersonalizzazione e alla deresponsabilizzazione; è anche vero che l'affermazione di una responsabilità personale individuale svolge una funzione davvero fondamentale per squarciare proprio la cortina che ha portato alla più assoluta spersonalizzazione. Detto diversamente, una totale degiurisdizionalizzazione avrebbe l'effetto di deresponsabilizzare completamente l'individuo, venendosi a rompere non tanto il legame che intercorre tra libera autodeterminazione e comportamento tenuto, ma tra libera autodeterminazione e conseguenze per il comportamento tenuto, con la conseguenza che se si vuole mantenere al centro del mondo l'individuo con la sua responsabilità, occorre creare spazi affinché la giurisdizione possa operare quanto meno nei termini di una sua potenziale attivazione.

In secondo luogo, la giurisdizione, il processo, svolgono una fondamentale funzione di garanzia nei confronti dell'imputato. Sul punto è

⁴² D. ZOLO, *Peace through Criminal Law?*, cit., 732 e 734.

⁴³ In argomento cfr. D. PULITANÒ, *Significato e funzioni*, cit., 74, il quale cita passi illuminanti di H. ARENDT, tratti da *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2003, 47 ss.; nonché R. ZAFFARONI, *È possibile un contributo efficace del diritto penale alla prevenzione dei crimini contro l'umanità?*, in *Critica dir.*, 2010, 210 ss.

davvero interessante una riflessione che Giuliano Vassalli ha compiuto a sessant'anni di distanza dal processo di Norimberga, la quale si pone paradossalmente (ma non troppo) agli antipodi della ragione che viene di regola avanzata per giustificare la punizione dei criminali di guerra, vale a dire la ragione della lotta all'impunità. In particolare ha scritto Vassalli:

[...] rinunciare a quel tribunale delle quattro potenze appositamente istituito avrebbe equivalso, in quelle condizioni storiche e geografiche, rinunciare al processo, o abbandonare gli imputati ai singoli stati occupanti del territorio dove fossero stati arrestati, con rivendicazioni reciproche di competenza e con differenza di mentalità e di procedure; se non addirittura al linciaggio e alla giustizia sommaria. Questa non è una frase fatta. Nessuno che non abbia vissuto in età matura in quell'epoca può capire a quale livello fosse maturato l'odio per i capi nazisti e le loro truppe [...]. Allora sì, se si fosse abbandonata la strada di un pubblico processo, si sarebbero dovuti criticare i vincitori per la pessima prova che avrebbero dato della propria capacità e del proprio livello di civiltà lasciando che contro i vinti si scatenassero le violenze individuali e collettive⁴⁴.

Quindi, pressanti esigenze di garanzia per i rei, o presunti tali, spingono ad adottare lo strumento della giurisdizione sia essa nazionale o internazionale.

In sostanza, e concludendo, i limiti della giurisdizione sono legati più a una visione egemonica e totalizzante ad essa sottesa, che allo strumento in sé e per sé considerato⁴⁵.

3.3 *Le commissioni di verità e/o riconciliazione*

La configurazione dell'amnistia e della giurisdizione non pone particolari problemi. Pur essendo suscettibili di varianti e peculiarità, tuttavia si tratta di istituti in definitiva standardizzabili, soprattutto per l'esito che hanno: l'amnistia tende alla non punizione; la giurisdizione alla punizione.

Diversamente, la configurazione delle commissioni di verità e/o riconciliazione è molto più difficile da determinare⁴⁶. Si tratta infatti di

⁴⁴ G. VASSALLI, *Norimberga sessant'anni dopo*, in *Studi in onore di Vincenzo Caianiello*, Napoli, 2008, 787 ss., adesso in F. PALAZZO (a cura di), *Giuliano Vassalli*, Roma-Bari, 2010, 191.

⁴⁵ In argomento cfr. L. MCGREGOR, *International Law as a "Tiered Process": Transitional Justice at the Local, National and International Level*, in AA.VV., *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*, a cura di K. McEvoy e L. McGregor, London, 2008, 49 ss.

⁴⁶ Sulla differenza tra Corti e Commissioni, vedi ampiamente M. FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge, 2006, 69 ss.

strumenti alquanto flessibili, la cui esperienza risulta molto articolata⁴⁷. Tant'è vero che sono assai numerose le possibili classificazioni⁴⁸. Così, ad esempio, a seconda del soggetto che le ha create o comunque promosse e dei soggetti che le compongono si può parlare di commissioni nazionali, internazionali oppure non governative. Inoltre, sulla base degli scopi che perseguono, possono essere orientate alla ricostruzione della verità storica di determinati accadimenti, alla individuazione di soggetti responsabili di certi crimini oppure alla determinazione delle cause remote del conflitto, aventi carattere politico-sociale, oppure, infine, le commissioni possono essere dirette a creare veri e propri processi di confronto tra rei e vittime nel tentativo di realizzare una effettiva riconciliazione.

Ai nostri fini, si possono distinguere due tipologie: le commissioni – per così dire – di mera inchiesta, per certi aspetti comunque ‘politiche’, nella sostanza prive di poteri giurisdizionali e quindi di per sé (in teoria) non destinate a interferire con organi nazionali o internazionali aventi carattere giurisdizionale; le commissioni invece dotate di poteri giurisdizionali o che comunque sono titolari di competenze che possono interferire con gli altri organi che esercitano poteri giurisdizionali.

Per quanto riguarda le commissioni d’inchiesta, si possono individuare alcuni elementi caratteristici⁴⁹. Esse agiscono sulla base di uno specifico mandato. Indagano su una vicenda nella sostanza conclusa, contrassegnata dalla presenza di episodi in cui è stato violato il diritto umanitario o il diritto dei diritti umani; il campo di indagine riguarda senza dubbio gli episodi in cui sono stati realizzati i crimini, ma tende ad essere più vasto rispetto a quello di competenza giurisdizionale, in quanto si spinge ad indagare aspetti storici, sociali, economici e quindi di contesto, al fine di identificare possibili cause; l’attività ha una scadenza predeterminata; il lavoro si conclude con un rapporto finale, il quale contiene una descrizione dei fatti, nonché spesso delle raccomandazioni. Si tratta, quindi, di strumenti che, come accennato, hanno soprattutto carattere politico, la cui efficacia dipende molto dal modo in cui il conflitto viene gestito. Alcuni hanno parlato di commissioni di prima generazione, riferendosi soprattutto alle commissioni dell’America latina.

⁴⁷ In argomento cfr. le ampie indagini di P.B. HAYNER, *Fifteen Truth Commissions – 1974-1994: A Comparative Study*, in *Human Rights Quarterly*, 1994, 597 ss.; P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths. Facing the Calende of Truth Commissions*, New York-London, 2002, *passim*; P.B. HAYNER, *Truth commissions: a schematic overview*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, 295 ss.; M. FREEMAN, *Truth Commissions*, cit., *passim*; nonché J.S. ABRAMS-P. HAYNER, *Documenting, Acknowledging and Publicizing the Truth*, in AA.VV., *Post-Conflict Justice*, cit., 283 ss.; R. MATTAROLLO, *Truth Commissions*, ivi, 295 ss. Nella letteratura italiana vedi T. SCOVAZZI, *Considerazioni generali*, cit., 599 ss.

⁴⁸ Vedi ampiamente T. SCOVAZZI, *Considerazioni generali*, cit., 602 ss.; K. AMBOS, *The Legal Framework of Transitional Justice*, cit., 43.

⁴⁹ Cfr. P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths*, cit., 14 ss.

Proprio perché prive di poteri giurisdizionali di per sé non pongono particolari problemi. D'altra parte, il discorso si fa più complesso in una prospettiva – per così dire – dinamica, soprattutto poi quando tali commissioni hanno come mandato anche quello di fare chiarezza su alcuni crimini e si chiudono con rapporti che indicano espressamente i nomi degli autori di determinati crimini⁵⁰. In queste ipotesi, infatti, risulta inevitabile il crearsi di una relazione tra commissioni ed esigenze repressive o di amnistia.

Ebbene, se a volte si è determinata una 'sinergia positiva', altre volte gli effetti sono stati senza dubbio alquanto negativi. Ed infatti, in prospettiva 'positiva', si danno ipotesi in cui le commissioni hanno offerto importanti contributi alle indagini successivamente avviate per perseguire i crimini commessi⁵¹: si pensi alla vicenda argentina⁵², come anche a quella peruviana, dove le stesse commissioni di verità e riconciliazione segnalavano casi specifici alla magistratura⁵³. Altre volte le commissioni hanno lavorato quando era già presente un'amnistia e quindi hanno permesso l'apertura di indagini, come nel caso della vicenda cilena⁵⁴. Infine, si possono dare ipotesi in cui le commissioni di verità nella forma di commissioni di inchiesta sono le sole che possono offrire una 'possibilità di giustizia', perché gli strumenti giudiziari sono destinati a non funzionare oppure perché è prossima un'amnistia.

In prospettiva negativa, la commissione d'inchiesta può essere veicolo per l'impunità. Così, ad esempio, alcune transizioni latino-americane sono

⁵⁰ In argomento cfr. P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths*, cit., 107 ss.; T. SCOVAZZI, *Considerazioni generali*, cit., 603 s.; B. CASSIN, "Removing the Perpetuity of Hatred": *On South Africa as a Model Example*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, 241.

⁵¹ Per un resoconto generale vedi P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths*, cit., 93 ss.

⁵² Sulla vicenda argentina cfr. I. TANI, *L'esperienza della Commissione Nazionale sulla Scomparsa di Persone in Argentina*, in AA.VV., *Accesso alla giustizia*, cit., 697 ss.; P. PARENTI, *La persecuzione penale di gravi violazioni dei diritti umani in Argentina. A 25 anni dal ritorno della democrazia*, in AA.VV., *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di E. Fronza e G. Fornasari, Trento, 2009, 13 ss. Con particolare riguardo ai c.d. giudizi per la verità, vedi E. MACULAN, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in argentina: l'esperienza dei "giudizi per la verità"*, in *Ind. pen.*, 2010, 331 ss.

⁵³ Cfr. E.G. CUEVA, *The Peruvian Truth and Reconciliations Commission and the challenge of impunity*, in AA.VV., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, cit., 70 ss.; G. CITRONI, *La commissione della verità e riconciliazione peruviana e l'accesso alla giustizia per le vittime del conflitto interno armato ed i loro familiari*, in AA.VV., *Accesso alla giustizia*, cit., 635 ss.; nonché G. LA BELLA, *Il tempo della vergogna. Rapporto finale della Commissione per la verità e riconciliazione*, Bologna, 2004.

⁵⁴ Sulla vicenda cilena vedi l'ampia indagine di E. CARLACCINI, *Giustizia, verità, riconciliazione: le commissioni per la verità nel mondo*, in *Comunità internaz.*, 2003, 407 ss.

state caratterizzate da processi di negoziazione tra i diversi attori politici. Spesso le gerarchie militari hanno accettato di lasciare il potere a favore delle forze democratiche, negoziando le tappe della loro fuoriuscita. E una delle principali condizioni che i militari hanno imposto era di mettersi al riparo da ogni possibile azione penale per i crimini commessi durante le dittature offrendo in cambio l'istituzione di commissioni di verità, come avvenuto in Guatemala⁵⁵. Altre volte si danno addirittura ipotesi in cui gli Stati hanno approfittato dei rapporti delle commissioni per adottare leggi di amnistia, come in El Salvador⁵⁶ e in un primo tempo anche in Argentina.

Alla luce di quanto appena detto, emerge evidente come il rischio di una strumentalizzazione, manipolazione delle commissioni di mera inchiesta sia davvero molto alto, soprattutto quando alla voce delle reali vittime viene offerto uno spazio per esprimersi assai ridotto⁵⁷. Queste commissioni si rivelano infatti strumenti altamente politicizzati il cui operato è fortemente condizionato proprio dagli stessi attori politici. Volendo semplificare (forse troppo) il ragionamento, si potrebbe dire che le commissioni di inchiesta, nell'esaltare al massimo l'esigenza di gestire in termini locali (nazionali) e politici il conflitto, si pongono, in termini di visione di fondo, sulla stessa scia dello strumento delle amnistie e agli antipodi rispetto all'idea di una rigida e inflessibile giurisdizione.

Le commissioni che invece hanno poteri giurisdizionali si pongono in una prospettiva molto diversa, sia perché tendono a porre limiti 'al politico', sia perché si creano non pochi problemi di rapporto con la giurisdizione, soprattutto quando in cambio della verità si offre in buona sostanza l'impunità⁵⁸. In questa prospettiva si è mossa soprattutto la Commissione sudafricana di Verità e Riconciliazione⁵⁹. Senza potersi addentrare in que-

⁵⁵ Sul Guatemala vedi E. CARLACCINI, *Giustizia, verità, riconciliazione*, cit., 421 ss.; M. ROSSI, *Guatemala: il silenzio della memoria*, in AA.VV., *Accesso alla giustizia*, cit., 747 ss.; nonché, per le vicende più recenti vedi A. HUDSON-A.W. TAYLOR, *The International Commission against Impunity in Guatemala*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, 53 ss.

⁵⁶ Sulla vicenda dell'El Salvador, vedi P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths*, cit., 91 ss.; E. CARLACCINI, *Giustizia, verità, riconciliazione*, cit., 410 ss.; G. CITRONI, *La Commissione della verità in El Salvador e la negazione dell'accesso alla giustizia*, in AA.VV., *Accesso alla giustizia*, cit., 665 ss.

⁵⁷ Spunti in tal senso in L. MCGREGOR, *International Law as a "Tiered Process"*, cit., 55 ss.

⁵⁸ In argomento vedi per tutti P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths*, cit., 206 ss.; M. FREEMAN, *Truth Commissions*, cit., 69 ss.; nonché i contributi raccolti in AA.VV., *Truth Commissions and Courts. The Tension Between Criminal Justice and the Search for Truth*, a cura di W.A. Schabas e S. Darcy, Dordrecht, 2004.

⁵⁹ All'interno di una letteratura pressoché sterminata vedi A. BORAINÉ, *A country unmasked, inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford, 2001, *passim*; D.M. TUTU, *Non c'è futuro senza perdono*, Milano, 2001, *passim*; P. GREADY, *The Era of Transitional Justice. The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond*, New York, 2011, *passim*;

sta sede nei numerosi dettagli che caratterizzano il suo complesso meccanismo di funzionamento, a grandissime linee si può osservare quanto segue. Si è trattato di una commissione che ha operato per un periodo di tempo prestabilito, basandosi su una sorta di meccanismo incentivante, per cui non aveva il potere di formulare direttamente accusa, ma lasciava ai singoli individui la possibilità di beneficiare dell'amnistia (in realtà si potrebbe tecnicamente parlare di perdono), se si dichiaravano di loro iniziativa colpevoli di crimini commessi in un certo periodo, svelandone i dettagli in una udienza pubblica davanti alla Commissione. Quindi da un lato potevano beneficiare di un provvedimento che garantiva l'impunità; dall'altro lato vi era il rischio di essere processati in futuro. Punti fondamentali erano: il particolare 'rito' basato sull'udienza pubblica; la discrezionalità del Comitato d'amnistia nel concedere l'amnistia valutando anche la veridicità della confessione; la primazia della Commissione rispetto ad eventuali procedimenti penali pendenti; l'inutilizzabilità delle prove raccolte dal Comitato in altri procedimenti. Alla luce di questi aspetti, non c'è quindi da meravigliarsi se il maggior studioso italiano del tema abbia concluso nel senso che la particolare procedura altro non è che una inedita modalità di esercizio dell'azione penale⁶⁰.

Non solo, ma anche alcune giurisdizioni indigene adottate in altre realtà e caratterizzate da particolari procedimenti finiscono per essere assimilabili alla Commissione sudafricana. In particolare, si pensi alle esperienze del Ruanda e del Timor Est: la prima si caratterizza per l'istituzione delle giurisdizioni c.d. *Gacaca*, le quali hanno avuto come obiettivo primario quello di ottenere, in cambio di una consistente riduzione di pena, una confessione da parte dell'imputato all'interno di udienze pubbliche collettive, al fine di perseguire una reale ed effettiva riconcilia-

nonché i contributi contenuti in AA.VV., *Truth and Reconciliation in South Africa: did the TRC deliver?*, a cura di A.R. Chapman e Hugo van der Merwe, Philadelphia, 2008, *passim*. Nella letteratura italiana vedi per tutti A. LOLLINI, *La Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione: la costruzione di una memoria collettiva tra "ipertrofia della storia" e "ipertrofia della sentenza"*, in *Critica dir.*, 1999, 382 ss.; A. LOLLINI, *Analisi degli attributi linguistico-simbolici del testis contra se davanti alla Commissione sudafricana verità e riconciliazione: una nuova ipotesi di giustizia riparativa*, in AA.VV., *Mediazione e diritto penale*, a cura di G. Mannozzi, Milano, 2004, 159 ss.; A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costitutivo della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005, *passim*; A. LOLLINI, *L'Amnesty Committee della Commissione sudafricana. Verità e riconciliazione e le modalità di esercizio dell'azione penale per i crimini dell'era segregazionista*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare*, cit., 46 ss.; A.M. GENTILI, A. LOLLINI, in AA.VV., *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali internazionali alle commissioni verità e riconciliazione*, a cura di G. Illuminati, L. Stortoni e M. Virgilio, Torino, 2000, 163 ss.; T. SCOVAZZI, *L'amnistia nell'esperienza della Commissione per la verità e la riconciliazione del Sudafrica*, in AA.VV., *Accesso alla giustizia*, cit., 615 ss.

⁶⁰ A. LOLLINI, *L'Amnesty Committee della Commissione sudafricana*, cit., 46 ss.

zione sociale⁶¹; nel Timor Est sono state istituite commissioni che hanno offerto la possibilità di ottenere l'immunità per crimini non particolarmente gravi in cambio di una attività di riconciliazione determinata dalla commissione stessa⁶². Ma si pensi anche alle esperienze di altri paesi, come ad esempio quelle realizzate in Sierra Leone⁶³, dove sono state create commissioni senza dubbio prive di quei poteri giurisdizionali che hanno caratterizzato la Commissione sudafricana, e che tuttavia, da un lato, hanno avuto rapporti a volte assai problematici con le Corti giurisdizionali, e, dall'altro, hanno contribuito in termini sostanziali, attraverso pubbliche audizioni, al processo di riconciliazione tra autori di crimini e vittime e di reintegrazione di individui nelle comunità.

⁶¹ In argomento vedi A. LOLLINI, *L'istituzione delle giurisdizioni Gacaca: giustizia post-genocidio e processo costituente in Ruanda*, in *Dir. pubbl. com. europeo*, 2004, 1513 ss.; M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio?*, cit., 93 ss.; W.A. SCHABAS, *Genocide Trials and Gacaca Courts*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, 879 ss.; J. FIERENS, *Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality*, ivi, 2005, 896 ss.; T. LONGMAN, *Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda*, in AA.VV., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, cit., 206 ss. e, in particolare, 210 ss.; B. INGELAERE, *The Gacaca courts in Rwanda*, in AA.VV., *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*, a cura di L. Huyse e M. Salter, Stockholm, 2008, 25 ss.; R. NAGY, *Traditional Justice and Legal Pluralism in Transitional Context: The Case of Rwanda's Gacaca Courts*, in AA.VV., *Reconciliation(s). Transitional Justice in Postconflict Societies*, a cura di J.R. Quinn, Montreal & Kingston-London-Ithaca, 2009, 86 ss.

⁶² Cfr. P. BURGESS, *Justice and Reconciliation in East Timor. The Relationship Between the Commission for Reception, Truth and Reconciliation and the Courts*, in AA.VV., *Truth Commissions and Courts*, cit., 135 ss. e, in particolare, 146 ss.; P. BURGESS, *A new approach to restorative justice – East Timor's Community Reconciliation Processes*, in AA.VV., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, cit., 177 ss. e, in particolare, 184 s.; C. REIGER, *Hybrid attempts at accountability for serious crimes in Timor Leste*, ivi, 143 ss.; C.D. TOTTEEN, *The International Criminal Court and Truth Commissions: A Framework for Cross Interaction in the Sudan and Beyond*, in *Nothwestern Journal of International Human Rights*, 2009, 11 ss.

⁶³ Cfr. A. TEJAN-COLE, *The Complementary and Conflicting Relationship Between the Special Court for Sierra Leone and the Truth and Reconciliation Commission*, in *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2003, 139 ss.; E.M. EVENSON, *Truth and Justice in Sierra Leone: Coordination Between Commission and Court*, in *Columbia Law Review*, 2004, 730 ss.; W. SCHABAS, *A Synergistic Relationship: The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone*, in AA.VV., *Truth Commissions and Courts*, cit., 3 ss.; e per una visione complessiva sulla vicenda W. SCHABAS, *The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission*, in AA.VV., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, cit., 21 ss.; S. HOROVITZ, *Transitional criminal justice in Sierra Leone*, ivi, 42 ss.; R. SHAW, *Memory frictions: localizing the truth and reconciliation commission in Sierra Leone*, in *International Journal of Transitional Justice*, 2007, 183 ss.; J.A.D. ALIE, *Reconciliation and traditional justice: tradition-based practices of the Kpaa Mende in Sierra Leone*, in AA.VV., *Traditional Justice*, cit., 123 ss.; L. STOVEL, *Long Road Home. Building Reconciliation and Trust in Post-War Sierra Leone*, Oxford, 2010, 187.

Andando ancora più a fondo, non sembra del tutto azzardato ipotizzare l'esistenza di alcuni caratteri fondamentali di tutte queste commissioni, consistenti nell'ammissione di responsabilità e nella pubblica udienza del reo a confronto diretto con le vittime.

Ebbene, le commissioni che hanno poteri giurisdizionali presentano senza dubbio alcuni rischi, ma anche pregi di un certo rilievo, soprattutto in un contesto di giustizia di transizione. In particolare, per quanto riguarda i limiti, il rischio maggiore che si apre è quello dell'impunità: in cambio della verità e di confessioni pubbliche si finisce per lasciare del tutto impuniti autori di delitti gravissimi, ponendosi così la questione se sia plausibile 'barattare' l'impunità (la giustizia?) con la verità⁶⁴. In secondo luogo, difficoltà possono sorgere quando questi processi tendono a distaccarsi troppo da una prospettiva universalistica volta a garantire alcuni minimi standard di tutela dei diritti umani⁶⁵. Una disciplina eccessivamente localizzata, se da un lato consente di gestire la transizione dal basso e di generare un impulso democratico alla riaffermazione dei diritti umani, dall'altro lato è priva di quella dimensione universalistica che consente una standardizzazione del minimo riconoscimento dei diritti umani. Inoltre, la circostanza che tali processi siano comunque nelle mani del potere politico comporta che quest'ultimo tende a controllare la loro attività. Ciò che può apparire un risultato 'organico', diffuso, da tutti ben accetto, può in realtà riflettere una manifestazione del potere di una parte soltanto, con la conseguenza finale di mettere a tacere gruppi di vittime, le cui istanze possono contrastare con quelle di coloro che sono i promotori della soluzione 'informale'. E non è un caso che in Sudafrica le modalità di gestione della giustizia di transizione abbiano trovato ingresso *formale* nella stessa dinamica costituente, sottraendo così la materia alla dimensione meramente politica.

D'altra parte, non si possono sottacere i meriti. Anzitutto, tali realtà contribuiscono alla determinazione della verità⁶⁶. Il punto risulta particolarmente interessante: se infatti l'amnistia comporta l'oblio e la giurisdizione determina la memoria (una verità pur sempre parziale e unilaterale, ancorché la si professi collettiva), le commissioni si orientano verso la verità dei fatti, da intendersi come il presupposto fondamentale per ricostruire il minimo di fiducia che consente la convivenza. Si realizza così la costruzione comunitaria della verità, che deve essere comunque prima di tutto verità dei fatti.

In secondo luogo, le commissioni di verità, soprattutto quando si basano sui particolari procedimenti pubblici, e quindi su un confronto reale e

⁶⁴ Per considerazioni su questi profili, vedi R. ORLANDI, *Verità e giustizia*, cit., 154, il quale afferma che «il rischio dal quale guardarsi [rispetto alle Commissioni di verità] è che l'operazione si risolva in un'acrobazia politica che permette a una classe dirigente, macchiatasi di gravi lesioni ai diritti umani, di voltar pagina a buon mercato».

⁶⁵ L. MCGREGOR, *International Law as a "Tiered Process"*, cit., 59 ss.

⁶⁶ T. SCOVAZZI, *Considerazioni generali*, cit., 604 ss.

diretto tra carnefici e vittime, tendono alla effettiva e reale riconciliazione delle parti. La valorizzazione di procedimenti informali che consentono un confronto libero tra le parti, permette quel sostanziale riavvicinamento che un procedimento formalizzato impedisce. Così come permette di uscire dagli steccati della legalità/tipicità, per dare spazio all'autentico dolore umano. Così, ad esempio, con riferimento alla tutela della donna, la giurisdizione tende ad attribuire rilevanza soprattutto a crimini aventi natura sessuale, mentre sottovaluta e trascura l'impatto 'indiretto' che il conflitto ha sulla sua psiche e la sua personalità: per esempio la perdita dei familiari mediante morte o scomparsa e il logorio derivante dalla lotta per il riconoscimento costantemente frustrato.

Infine, l'attività delle commissioni, proprio perché queste sono capaci di confrontarsi con la verità dei fatti e di realizzare un'effettiva riconciliazione, può diventare parte fondamentale di veri e propri procedimenti costituenti volti a ridefinire il patto di convivenza rotto attraverso il conflitto politico-valoriale⁶⁷. Com'è stato efficacemente affermato,

[...] transizioni costituzionali e conflitto sembrano sempre più legati per due ordini di ragioni: in primo luogo, nella transizione si cristallizzano e si positivizzano le scelte politico-giuridiche atte, teoricamente, ad impedire nel futuro il riprodursi del conflitto stesso. In secondo luogo, al centro del processo costituente, vi è il tentativo di costituzionalizzare, almeno formalmente, il rifiuto delle dinamiche politiche, religiose ed identitarie che lo hanno prodotto⁶⁸.

Non solo, come accennato, il nesso che intercorre tra commissioni e fase costituente da meramente sostanziale può farsi addirittura formale. Detto diversamente, mentre mi pare davvero difficile che all'interno di una costituzione si venga a sancire la punizione di determinati crimini o la loro impunità, al contrario sono le commissioni orientate alla 'effettiva' riconciliazione che vengono avvertite come strumenti capaci di fondare una comunità su un nuovo patto costituente.

4. *Il quadro delle tendenze internazionali nella giustizia di transizione: tra istanze nazionali costituenti e pacificatrici e istanze internazionali giurisdizionali*

La terza parte di questo mio contributo sarà dedicata all'esame di ciò che è accaduto e sta accadendo all'interno della Comunità internazionale nella gestione dei processi di giustizia di transizione. Per Comunità inter-

⁶⁷ A. LOLLINI, *La "giustizia di transizione"*, cit., 329 ss.; R. ORLANDI, *Verità e giustizia*, cit., 155.

⁶⁸ A. LOLLINI, *La "giustizia di transizione"*, cit., 329 s.

nazionale si intenderanno sia i singoli Stati, sia le organizzazioni internazionali e, in particolare, l'ONU.

Il dato da cui partire è che dal 1974 al 2008, all'interno dei cinque continenti (Europa, Americhe, Africa, Asia e Medio Oriente), si sono verificate transizioni politiche in ben 112 Paesi (Europa, 33; Americhe 19; Africa 53; Asia 22; Medio Oriente 2), dovendosi considerare che in alcuni di essi vi sono state più transizioni⁶⁹. E il numero sembra destinato a salire se si considera l'ondata di guerre civili che sta investendo in questi ultimi mesi proprio il Medio Oriente.

Per quanto riguarda i singoli Stati, si deve notare come vengano utilizzati tutti e tre gli strumenti (amnistia, giurisdizione e commissioni) secondo dinamiche difficilmente razionalizzabili. Così, ad esempio, vi sono transizioni dalla lunga durata in cui si è fatto ricorso anche più volte a tutti e tre gli strumenti (es. Algeria, Argentina, Bulgaria, Chad, Cile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Perù, Filippine, Uganda, Lituania). Altre volte, si sono utilizzati o l'amnistia e la commissione (es. Burundi, Ghana, Marocco) oppure l'amnistia e la giurisdizione (es. Benin, Cambogia) oppure le commissioni e le giurisdizioni (es. Bolivia, Messico).

In ordine alle dinamiche, spesso l'amnistia ha preceduto la giurisdizione e/o la commissione (es. Argentina); a volte le commissioni hanno preceduto la giurisdizione (Messico); altre volte ancora la giurisdizione ha preceduto le commissioni (es. Ruanda e Jugoslavia).

In estrema sintesi si può dire che l'amnistia viene adottata soprattutto all'inizio della transizione, rarissimamente alla fine. La giurisdizione ha conosciuto un progressivo processo di internazionalizzazione, per cui negli ultimi anni sono stati istituiti molti tribunali c.d. misti, su cui avremo modo di tornare a breve. Infine, si deve osservare come la stragrande maggioranza delle commissioni sono state soltanto d'inchiesta, senza alcuna ripercussione sostanziale per gli autori dei crimini. Rarissime hanno dato luogo a procedimenti (es. Perù). Alcune hanno realizzato udienze di pubblico confronto (es. Timor Est). Soltanto due, a carattere giurisdizionale, hanno concesso provvedimenti che determinavano l'impunità o comunque riduzioni di pena (Sudafrica e Ruanda).

Per quanto riguarda le istituzioni internazionali, fino alla fine della Guerra Fredda, si può parlare di un tendenziale 'disinteresse' da parte dell'ONU verso le vicende 'di giustizia' interne ai singoli Stati. Dall'inizio degli anni Novanta dello scorso millennio ha inizio invece l'ondata della giurisdizionalizzazione internazionale: prima i due Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e per il Ruanda, poi il contributo all'istituzione della Corte penale internazionale. Giurisdizionalizzazione accompagnata da una crescente diffidenza verso le commissioni verità e/o riconciliazione, come si può ricavare da alcuni documenti internazionali. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, si

⁶⁹ In argomento cfr. ampiamente D. BACKER, *Cross-National Comparative Analysis*, in AA.VV., *Assessing the Impact of Transitional Justice*, cit., 23 ss.

deve muovere dal Report del Segretario generale del 2004, dal quale affiora la valorizzazione sia della giurisdizione sia delle commissioni ai fini della gestione della giustizia di transizione, senza che venga delineata una rigorosa ripartizione dei compiti, e quindi lasciando intendere che entrambi gli strumenti sono posti – per così dire – sullo stesso piano⁷⁰. Tuttavia, i documenti successivi sembrano essere il frutto di un cambiamento di rotta. Ed infatti, dal Report del 2005 della Commission on Human Rights e dalle linee guida del Segretario generale concernenti l'approccio delle Nazioni Unite alla giustizia di transizione, emerge l'idea di una netta separazione tra i compiti delle commissioni, destinate alla ricostruzione della verità e quindi nella sostanza aventi una funzione politica con poteri d'inchiesta, e le finalità della giurisdizione, volta alla affermazione della responsabilità dei colpevoli⁷¹.

Non solo, ma in termini operativi prendono corpo i tribunali c.d. misti, dovendosi notare come in un primo momento essi convivono anche con commissioni di verità (es. Timor Est e Sierra Leone), mentre nell'ultima fase che arriva fino ai giorni nostri sono gli unici strumenti ad essere impiegati (es. Bosnia Erzegovina, Cambogia, Libano). Inoltre negli ultimi anni inizia a muoversi anche la Corte penale internazionale.

Ecco allora che, mettendo insieme tutti questi profili che abbiamo appena evidenziato, il quadro che emerge può essere così sintetizzato: mentre sul piano nazionale alla giurisdizione si affiancano le amnistie e le commissioni, sul piano internazionale si privilegia la giurisdizione.

Come interpretare questa diversità di orientamenti? Soprattutto, perché questa diffidenza della dimensione internazionale rispetto alle commissioni, con conseguente difesa molto rigida della giurisdizione? Ovvero, perché questa prevalenza accordata dalla dimensione nazionale alle commissioni e alle amnistie?

Per rispondere a queste domande, merita attenzione il recente dibattito che si è venuto formando in tema di tribunali c.d. misti o ibridi, da alcuni definiti la quarta generazione dei tribunali penali internazionali⁷². In particolare, un aspetto è senza dubbio chiaro e condiviso: questi tribunali costituiscono una sorta di ripiego, determinato dal semi-fallimento delle Corti penali *ad hoc* e dalla lentezza con cui ha iniziato ad operare la Corte penale internazionale. Con riferimento alle Corti penali *ad hoc* sono stati messi in evidenza numerosi difetti: ineffettività della risposta punitiva rispetto alla portata dei fenomeni; lontananza della giurisdizione dal territorio che ha avvertito l'operato di questi tribunali come estraneo;

⁷⁰ Vedi Doc. S/2004/616, 23 August 2004, REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*.

⁷¹ Doc. E/CN.4/2005/102/Add. 1, 8 February 2005, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Update Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*; UNITED NATIONS, *Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice*.

⁷² Cfr. G. SERRA, *Le corte penali 'ibride': verso una quarta generazione di tribunali internazionali penali*, Napoli, 2007, *passim*.

parzialità da parte del Consiglio di sicurezza e quindi ancora una volta politica. Rispetto alla Corte penale internazionale, si è posto soprattutto il problema della sua ineffettività dovuta alla mancanza di una forza propria e al funzionamento della complementarità, che può rivelarsi particolarmente oneroso, in considerazione del fatto che uno Stato che esce da una guerra civile, anche se volesse, difficilmente potrebbe perseguire crimini, a causa del sistema anche giudiziario disastroso.

D'altra parte, questi Tribunali esprimono anche istanze 'politiche' che devono essere interpretate, dovendosi chiarire quali siano le loro reali finalità. Ecco che sul punto si sono venute a creare tre diverse opinioni. Da un lato, si è parlato di una finalità egemonizzatrice e in questa prospettiva si è affermato che

[...] la tendenza alla *internazionalizzazione* (o *de-nazionalizzazione*) secondo modalità *retributive*, qualora dovesse consolidarsi, potrebbe determinare un'importante conseguenza dovuta alla natura stessa della giustizia post-conflitto. Essa, sviluppandosi, come visto, durante processi costituenti o transizioni post-conflitto in cui si configurano gli assetti dei nuovi Stati, diviene un co-fattore d'importanza considerevole per la legittimazione o delegittimazione di attori politici e per la determinazione di equilibri futuri. In questo quadro, è noto il fenomeno politico attraverso cui, in passato, potenze occidentali imponevano a Stati in via di formazione (a seguito del riconoscimento dell'indipendenza coloniale o del disgregamento di vasti imperii, come quello Ottomano) le strutture del costituzionalismo occidentale (almeno esteriormente) determinando, al contempo, nuove forme di sudditanza indiretta. Tale fenomeno è noto come costituzionalismo *eterodiretto*. Ora, l'affermarsi di modalità *internazionalizzate* (o *de-nazionalizzate*) di giustizia post-conflitto o di giustizia di transizione potrebbe significare una nuova forma di intervento esterno (o di *etero-influenza*) sui paesi in *transizione*⁷³.

⁷³ A. LOLLINI, "Fare i conti con il passato", cit., 135 s.: A. LOLLINI, La "giustizia di transizione", cit., 361 s., dove si precisa che «sembra lecito concludere che il discorso sulla *giustizia di transizione* mostra: a) da un lato una forza entropica che muove dai sistemi giuridico-politici internazionali e che sembra penetrare e colonizzare le politiche di *Post-Conflict Justice* nazionali; b) dall'altro il condizionamento, in senso unidirezionale, delle forme di giustizia di transizione che con sempre maggior vigore sono configurate su modelli strettamente giudiziari basati su principi di diritto penale internazionale [...]. Questa *ipertrofia* del sistema giudiziario durante le fasi di transizione politico-costituzionale produce una sostanziale *atrofia* della costruzione politica delle nuove democrazie. Con sempre maggiore frequenza si vuole che i processi di legittimazione per via giudiziaria dei nuovi regimi democratici si fondino sull'espulsione degli *establishment* politici e militari dei vecchi regimi. Se da un lato non può essere messa in dubbio la legittimità di punire i responsabili di gravi crimini, dall'altro emergono a nostro avviso molte perplessità sulle modalità e sulle tecniche attraverso cui si realizza questa azione giudiziaria. Il rischio che si profila sembra infatti essere quello di una progressiva *depoliticizzazione* dei meccanismi di costruzione dei nuovi Stati democratici».

Dall'altro lato, si è messo in evidenza come i tribunali misti diano un contributo fondamentale alla ricostruzione della pace:

[...] a noi sembra che i tribunali penali misti, nati per ovviare al *deficit* di istituzioni nazionali che, una volta cessate le ostilità, fossero in grado di amministrare la giustizia penale in modo effettivo e imparziale sui *crimes of international concern*, possano essere configurati come una *espansione* delle complesse attività di *post-conflict peace-building* svolte sempre più di frequente dall'ONU.

[...] fra tutte le finalità che in linea di principio hanno concorso a determinare la necessità di dare alla luce realtà istituzionali decisamente innovative se raffrontate ai modelli di giustizia penale allestiti in passato, quella che funge da elemento 'trainante' sta nel contributo che i tribunali penali misti – facendosi promotori in parte delle competenze tecniche nonché dei requisiti di imparzialità e indipendenza irrinunciabili in vista della creazione di un sistema giudiziario che sia al contempo credibile ed effettivo – sono in grado di fornire ai generali *processi di riconciliazione nazionale* in atto, o almeno in *statu nascendi*, nelle comunità territoriali lungamente afflitte da sanguinose guerre civili⁷⁴.

Infine, altri autori hanno prospettato un'interessante distinzione: i tribunali istituiti a seguito di accordi tra Stati e ONU (es. Sierra Leone e Cambogia) sarebbero orientati più alla pace che alla giustizia:

[...] la sostanziale astensione dall'esercizio dell'azione penale nel periodo precedente l'istituzione di questi due tribunali risulta da accordi di riconciliazione nazionale che proprio l'ONU ha attivamente sostenuto [...]. La loro istituzione conferma l'impressione che, per quanto il valore della repressione dei crimini sia avvertito nella comunità internazionale, esso si presenti pur sempre contrassegnato da un rapporto di subordinazione rispetto alle esigenze di pacificazione e sicurezza⁷⁵.

I tribunali istituiti dall'ONU, che si sostituisce alle autorità statali nell'esercizio dei poteri di governo (es. Timor Est, Kosovo), sarebbero orientati più alla giustizia che alla pace: in questa variante «la creazione di un tribunale misto risponde ad una logica retributiva»⁷⁶.

Ebbene, nell'interpretazione del ruolo dei tribunali misti a me pare preferibile la prima lettura, che valorizza la funzione egemonizzante della giurisdizione. Il punto centrale è dato dal fatto che i tribunali penali mi-

⁷⁴ E. CIMIOTTA, *I tribunali penali misti*, Padova, 2009, 511 ss.

⁷⁵ M. STARITA, *La giustizia internazionale per gross violations*, cit., 65 s.

⁷⁶ M. STARITA, *La giustizia internazionale per gross violations*, cit., 65

sti esprimono un primato della giurisdizione rispetto alla riconciliazione, della forma rispetto alla sostanza. E se da un lato è vero che occorre uscire dai rigidi schematismi secondo cui la pace è contrapposta alla giustizia oppure mentre la pace è legata alla prospettiva nazionale, la giustizia è legata alla prospettiva internazionale, dall'altro lato è tuttavia altrettanto vero che la giurisdizione contrasta fortemente con la dimensione costituente della fase post-conflittuale e l'obiettivo della reale riconciliazione. Anche là dove si decide per tribunali efficienti, imparziali, non selettivi (non dei vincitori), la giurisdizione, per come è strutturata e per le logiche che la muovono (vedi *supra*, § 3.2.1), impedisce il confronto tra le parti, la ricostruzione della verità storico-sociale, il superamento dell'odio, la rimozione delle cause profonde, la realizzazione di un processo costituente e l'individuazione di valori comuni.

Non solo, ma in presenza di Corti miste e commissioni di riconciliazione si sono creati molti problemi, emergendo nella sostanza la tendenza della giurisdizione a dominare sulla riconciliazione e, soprattutto, emergendo la difficile compatibilità tra questi modelli⁷⁷.

Ecco allora che la giurisdizione e la conseguente internazionalizzazione o denazionalizzazione rischiano di determinare se non un processo di egemonizzazione, quanto meno un ostacolo alla reale riconciliazione e al relativo processo costituente, i quali risultano invece agevolati, non solo e non tanto dall'amnistia, ma soprattutto dalle commissioni, in particolare se titolari di un potere di estinzione del reato.

5. *Tentativi di razionalizzazione del sistema: per una strategia di integrazione sussidiaria tra pace/giustizia, riconciliazione-amnistia/giurisdizione, nazionale/internazionale*

La giustizia c.d. di transizione, per le sue caratteristiche e il suo dinamismo, impone di evitare soluzioni rigide e unilaterali. Quindi impone di evitare una prospettiva fortemente nazionale, che porterebbe alla giustizia dei vincitori locali oppure ad amnistie o a commissioni che introducono amnistie mascherate e solo rarissimamente alla realizzazione di veri e propri processi costituenti. Ma impone anche di evitare una prospettiva radicalmente internazionalizzata, dove tornerebbe in gioco una giustizia dei vincitori gestita dalle grandi potenze e dove le istanze politico-sociali (costituenti) interne al singolo Stato sarebbero destinate a rimanere frustrate.

Abbandonate queste rigidità estremistiche, alcuni profili sembrano essere pacifici. Anzitutto, giustizia e pace non sono in contraddizione,

⁷⁷ Si veda C. STAHN, *The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design*, in *Leiden Journal International Law*, 2005, 455.

ma risultano complementari⁷⁸, non solo – e non tanto – perché, secondo uno slogan ormai molto diffuso, non c'è giustizia senza pace e non c'è pace senza giustizia, ma anche perché pure coloro che sono sostenitori di strumenti alternativi alla giurisdizione riconoscono che esistono criminali e crimini che difficilmente possono partecipare a o essere oggetto di un procedimento di riconciliazione, mentre sostenitori della giurisdizione ammettono che i crimini di massa oggetto della giustizia di transizione sono la manifestazione di problemi molto più consistenti e profondi, che non possono essere risolti mediante la persecuzione e la punizione di alcuni soggetti.

In secondo luogo, la giustizia di transizione richiede un approccio integrato che riesca a bilanciare di volta in volta un numero considerevole di profili, come l'ottenimento della pace e l'esigenza di attribuire responsabilità, memoria e oblio, riconoscimento delle vittime e trattamenti sanzionatori proporzionati e responsabilizzanti. La frustrazione di uno solo di questi obiettivi ha in sé la potenzialità di compromettere la giustizia di transizione. Detto diversamente, ci troviamo davanti a un sistema senza dubbio polifunzionale, con la particolarità, però, che a questa pluralità di fini corrisponde anche una pluralità di strumenti. Ecco allora la necessità di trovare soluzioni che sappiano combinare già gli stessi strumenti della giustizia di transizione.

Ma come realizzare questa combinazione? Di recente si sono venute affermando prospettive caratterizzate da un forte pragmatismo, nel tentativo di individuare di volta in volta la soluzione che maggiormente si confà alla diversa realtà che viene in gioco. In particolare, un'indagine ha notato come la prassi internazionale abbia sviluppato una varietà di commissioni di verità (approccio internazionale o domestico; indagine selezionata o generica; indagine quasi-giudiziale o dei fatti) e di tipologie di giurisdizione (internazionale, ibrida, domestica internazionalizzata) e ha indagato quali potrebbero essere i fattori specifici della singola vicenda che possono guidare nella scelta⁷⁹.

Ecco allora che in questa prospettiva si è notato come la scelta di una commissione di mera inchiesta oppure 'giurisdizionalizzata' dipende: dalla maggiore o minore sicurezza che può essere garantita a chi partecipa al procedimento, ragion per cui là dove la sicurezza può essere garantita ha senso istituire commissioni con procedimenti pubblici (es. Sud Africa), mentre là dove non può essere garantita, la commissione non può che procedere in forma 'confidenziale' (El Salvador, Argentina); dalla esistenza o meno di un apparato giurisdizionale domestico funzionante, in quanto l'esperienza insegna che commissioni giurisdizionali possono operare

⁷⁸ C. STAHN, *The Geometry of Transitional Justice*, cit., 426; N. ROTH ARRIAZA, *The new landscape*, cit., 8; M. CHERIF BASSIOUNI, *La valutazione delle conseguenze dei conflitti*, cit., 36 ss.

⁷⁹ C. STAHN, *The Geometry of Transitional Justice*, cit., 428 ss.

soltanto se il Paese ha strutture capaci di perseguire i fatti, come avvenuto in Sud Africa, dove la procedura di riconciliazione è stata garantita da un sistema nazionale utilizzato per perseguire gli autori che non si sono sottoposti alla procedura oppure che, pur essendovisi sottoposti, non sono stati ritenuti meritevoli di ottenere il perdono; infine, la scelta del tipo di commissione dipende dal tipo di conflitto, ragion per cui se si è in presenza di un conflitto meramente politico, la commissione tende ad essere d'inchiesta perché serve a combattere una cultura della impunità (es. Argentina), mentre se si tratta di conflitti radicali (etnici, religiosi, razziali), si tende ad istituire commissioni che consentano una reale riconciliazione.

Alla stessa stregua, si è notato come la scelta per una maggiore o minore internazionalizzazione della giurisdizione dipende da tutta un'altra serie di fattori: là dove lo Stato non è in grado di perseguire gli autori o comunque non è sufficientemente legittimato e indipendente, v'è la tendenza alla internazionalizzazione; a ridosso del conflitto si tende a internazionalizzare, mentre più ci si allontana dalla fine del conflitto, più si avverte l'esigenza di una nazionalizzazione; ed ancora, più il conflitto ha caratteri etnico e di oppressione sistematica, più la giurisdizione tende a internazionalizzarsi; infine, il coinvolgimento di organi internazionali porta inevitabilmente alla maggiore internazionalizzazione della giurisdizione.

D'altra parte, il punto di questa analisi che interessa maggiormente ai nostri fini è offerto dal fatto che, alla fin fine, non viene affrontata fino in fondo la questione del rapporto che commissioni e corti hanno con l'eventuale processo costituente, concludendo nel senso che tali strumenti possono essere utilizzati come organi del tutto indipendenti, ognuno dei quali esercita funzioni e persegue obiettivi diversi, e cioè mentre le commissioni sono destinate a ricostruire la verità, la giurisdizione è deputata a perseguire lo scopo primario di combattere l'impunità⁸⁰. Detto diversamente, la prospettiva in esame, collocandosi sulla scia di quanto teorizzato dalle organizzazioni della Comunità internazionale, finisce per riconoscere una sorta di primato alla giurisdizione rispetto alle commissioni e alla riconciliazione.

Ebbene, a me pare che per impostare correttamente la questione, posto che non si può rinunciare all'insegnamento realistico impartito dalla prassi, tuttavia, come già accennato, non si può nemmeno trascurare il significato – per così dire – politico-normativo espresso dalle commissioni e dalla giurisdizione. Ecco allora che in questa prospettiva si deve abbandonare l'idea che il sistema internazionale persegue come primo obiettivo la lotta all'impunità mediante la giurisdizione, dovendosi piuttosto affermare che il sistema internazionale persegue anzitutto la risoluzione interna del conflitto e quindi la realizzazione di autonomi procedimenti costituenti, utilizzando la minaccia del diritto punitivo come mezzo per perseguire questa finalità.

⁸⁰ C. STAHN, *The Geometry of Transitional Justice*, cit., 452 e 463.

Più precisamente, si potrebbe pensare a un sistema di giustizia internazionale dove il rapporto tra pace-riconciliazione e punizione, tra commissioni e giurisdizione, tra processo costituente e ingerenza internazionale è sussidiario sia in termini orizzontali, vale a dire all'interno del singolo Stato, che in termini verticali, nel rapporto cioè tra singolo Stato e Comunità internazionale⁸¹. In particolare, per quanto riguarda la sussidiarietà orizzontale, si potrebbe pensare a un modello che potremmo definire sudafricano, in cui si induce alla riconciliazione minacciando il punitivo. Questo meccanismo consentirebbe di spingere nella direzione dell'obiettivo della pace e della riconciliazione sotto la minaccia dell'utilizzo della giurisdizione e, al contempo, consentirebbe di soddisfare l'esigenza di non lasciare impuniti determinati crimini. Per quanto riguarda la sussidiarietà verticale, si dovrebbe dare una lettura più articolata del principio di sussidiarietà che caratterizza la disciplina della Corte penale internazionale, nel senso che quest'ultima non dovrebbe procedere né in presenza dell'esercizio della giurisdizione da parte del singolo Stato, né in presenza della predisposizione da parte dello stesso di meccanismi di sussidiarietà orizzontale come quello appena accennato.

Più nel dettaglio, con riferimento al modello sudafricano si deve osservare come tale soluzione non sarebbe esente da critiche⁸². Tuttavia, si tratterebbe di obiezioni che ci sembrano superabili. Anzitutto, si potrebbe obiettare che non è possibile una vera e propria riconciliazione in presenza di una minaccia punitiva. D'altra parte si tratta di un'obiezione che omette di considerare che la riconciliazione è un procedimento il cui esito non è mai scontato, né prevedibile. Detto diversamente, una certa costrizione viene esercitata al momento dell'attivazione del procedimento di riconciliazione, la quale può avvenire anche sulla base di calcoli utilitaristici, ma decisivo sarà comunque l'andamento sostanziale di questo procedimento che pone autore e vittima l'uno davanti all'altro.

Inoltre, si potrebbe osservare che strumenti che dovrebbero essere alternativi, in realtà si rivelano nella sostanza succedanei, in quanto si trovano in un rapporto di sostanziale equivalenza funzionale. Tuttavia a questa obiezione si può rispondere notando come «la mediazione rappresenta, quanto a struttura e ad orientamento teleologico, un modello *autonomo* di giustizia, che può interagire con il diritto penale proprio *entrando* in esso»⁸³. Detto diversamente, se la mediazione è posta al di

⁸¹ In argomento si vedano anche le ricostruzioni di L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009, 231 ss.; G. FIANDACA, *Gli obiettivi*, cit., 20 ss. (del dattiloscritto).

⁸² Considerazioni in tale senso in G. FIANDACA, *I crimini internazionali*, cit., 21 s.; G. FIANDACA, *Gli obiettivi*, cit., 21 s. (del dattiloscritto).

⁸³ C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 139 s.

fuori del sistema penale si viene a perdere del tutto l'ancoraggio tra il disvalore del fatto espresso in termini penalistici e la risposta alternativa, con la conseguenza che più che risolvere il conflitto si ha una sorta di privatizzazione dello stesso e con la conseguenza ulteriore che la riconciliazione finisce per perdere quel significato di pacificazione sociale per cui è nata. Se invece la riconciliazione è collocata all'interno del sistema penale, la sua realizzazione permette di conseguire effetti di stabilizzazione e pacificazione sociale che trascendono la dimensione meramente privata.

Infine, si potrebbe obiettare che sorgono non pochi rischi per le garanzie del reo, allorché il soggetto si sottopone al processo di riconciliazione e tuttavia viene negato il perdono, risultando quindi suscettibile di punizione, e ciò perché durante il procedimento di riconciliazione potrebbero essere stati raccolti elementi utili per sostenere un'accusa nel successivo giudizio. D'altra parte, siffatti problemi sono già stati posti e sono stati risolti dalla disciplina della Commissione per la Verità e Riconciliazione sudafricana, la quale ha previsto la non utilizzabilità degli elementi raccolti durante le assemblee pubbliche di riconciliazione.

Per quanto riguarda la sussidiarietà verticale, ciò che interessa evidenziare è come una struttura così articolata della giustizia internazionale non solo è compatibile, ma è addirittura agevolata dal sistema della Corte penale internazionale. Anzitutto, si deve osservare come non possa esservi alcuno spazio per le amnistie in bianco, fatta eccezione soltanto per quelle che, avendo requisiti del tutto particolari (adozione mediante procedimento democratico, previsione di strumenti di riparazione delle vittime), possono portare all'immediato disarmo delle parti e alla cessazione del conflitto⁸⁴. E la disposizione che potrebbe offrire uno spiraglio in questo senso potrebbe essere quella contenuta nell'art. 53, comma 1, lett. c), la quale prevede che il Procuratore nel decidere se aprire un'indagine esamina se, «tenendo conto della gravità del crimine e degli interessi delle

⁸⁴ Altrettanto possibilisti sembrano essere J. ZALAQUETT, *Confronting human rights violations committed by former governments: Principles applicable and political constraints*, in AA.VV., *Transitional Justice*, vol. I, cit., 3 ss.; D. ROBINSON, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, in *European Journal of International Law*, 2003, 495 ss.; L. MALLINDER, *Can Amnesties and International Justice be Reconciled?*, in *International Journal of Transitional Justice*, 2007, 208 ss.; L. MALLINDER, *Amnesty*, cit., 156 ss. e 381 ss.; L. MALLINDER, *Exploring the Practice*, cit., 162 ss. Di diversa opinione la maggioranza della dottrina, vedi per tutti K. AMBOS, *The Legal Framework of Transitional Justice*, cit., 55 ss. e 79; C. STAHN, *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Justice*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, 701 ss.; C. STAHN, *The Geometry of Transitional Justice*, cit., 461; L.M. OLSON, *Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repressions vs. amnesty*, in *International Review of the Red Cross*, 283 s.

vittime, esistano tuttavia motivi sostanziali per credere che un'indagine non favorirebbe gli interessi della giustizia»⁸⁵.

In secondo luogo, si deve ritenere che la Corte tenderà a perseguire i crimini più gravi e i responsabili che si collocano in una posizione verticistica⁸⁶. E questo orientamento si deve considerare perfettamente compatibile con un'idea di giustizia internazionale sussidiaria rispetto alla pace e alla riconciliazione interna, in quanto rispetto a reati troppo gravi come anche a posizioni verticistiche lo stesso meccanismo della riconciliazione non sarebbe in grado di operare, sia perché il disvalore dei fatti risulta essere eccessivo, sia perché i rapporti tra autore e una pluralità spesso indeterminata di vittime divengono particolarmente complessi, sia perché le posizioni apicali risultano troppo distanti dalle vittime.

Infine, occorre evidenziare come la maggioranza della dottrina sia ormai prevalentemente orientata nel senso di considerare un caso di improcedibilità (art. 17 dello Statuto) la previsione da parte di uno Stato di amnistie o perdoni condizionati oppure accompagnati da forme alternative di giustizia come le commissioni sul modello Sud Africa⁸⁷.

Ecco allora che in questa prospettiva il sistema della Corte penale internazionale sembra destinato a diventare uno degli strumenti utilizzabili nella giustizia di transizione e, più precisamente, uno strumento di chiusura di un più grande sistema complessivamente orientato ad agevolare i processi di pacificazione.

6. Considerazioni conclusive

Un'ultima considerazione. Gustav Radbruch auspicava «qualcosa di meglio del diritto penale». E non c'è dubbio che questo «qualcosa di me-

⁸⁵ Spunti in tal senso in J. DUGARD, *Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?*, in *Leiden Journal of International Law*, 1999, 1014; J. DUGARD, *Possible conflicts of jurisdiction with truth commissions*, in AA.VV., *The Rome statute of international criminal court: a commentary*, a cura di A. Cassese, P. Gaeta e J. Jones, vol. I, Oxford, 2002, 702; L. MALLINDER, *Can Amnesties and International Justice be Reconciled?*, cit., 218 s.; P.D. IROA, *Pace, interessi della giustizia e Corte penale internazionale*, in *Studi quest. crim.*, 2009, 74 ss.

⁸⁶ C. STAHN, *Complementarity*, cit., 707 ss.; D. ROBINSON, *Serving the Interests of Justice*, cit., 493 ss.

⁸⁷ In argomento, ancorché con sfumature assai diverse, vedi per tutti D. ROBINSON, *Serving the Interests of Justice*, cit., 498 ss.; C. STAHN, *Complementarity*, cit., 708 ss.; C. STAHN, *The Geometry of Transitional Justice*, cit., 462 s.; K. AMBOS, *The Legal Framework of Transitional Justice*, cit., 62 ss. e 79 s.; L. MALLINDER, *Can Amnesties and International Justice be Reconciled?*, cit., 224 ss.; G. DELLA MORTE, *La complementarietà della CPI alla prova dei fenomeni extra o quasi giudiziari: il caso delle amnistie e delle commissioni di verità e riconciliazione*, in AA.VV., *Corte penale internazionale*, cit., 86 ss.

glio» faceva riferimento a strumenti autenticamente alternativi rispetto allo strumento punitivo e decisamente incompatibili con lo stesso.

In questa prospettiva, la contrapposizione che viene in gioco assume connotati davvero particolari, perché è tra un modello di giustizia basato sul valore ed uno invece basato essenzialmente sul 'pneuma' della carità: e per quanto la giustizia valoriale è basata sulla forza, quella dell'amore si basa sulla debolezza; per quanto la prima prescrive, la seconda esorta e implora; per quanto il valore necessita della sanzione per la sua riaffermazione, l'amore fa conseguire al torto il perdono; per quanto la giustizia valoriale necessita di argomentazione, l'amore reclama la forza di un atto concretamente riconciliativo; per quanto il valore implica bilanciamenti e ragionevolezza, la carità si basa sull'eccesso del dono ecc.

Ebbene, se da un lato è vero che si tratta di modelli di giustizia alternativi, tuttavia, dall'altro lato, alla luce di quanto abbiamo detto nelle pagine precedenti, è anche vero che esistono margini affinché nella giustizia valoriale si creino luoghi in cui due persone si possono guardare negli occhi, dialogare, riconoscersi uomini. Momenti che difficilmente si potranno considerare basati sulla carità, ma che senza dubbio sospendono per alcuni istanti la logica pur sempre violenta insita nel modello di giustizia basato sul valore.

GLI OBIETTIVI DELLA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE: TRA PUNIZIONE E RICONCILIAZIONE

Giovanni Fiandaca

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il problema degli obiettivi della giustizia penale internazionale: a) nella prospettiva (endopenalistica) degli scopi della pena. – 3. Segue: b) in un orizzonte più ampio. – 4. Possibili motivazioni a favore e limiti della logica punitiva e del giudizio individuale di colpevolezza. – 5. Modelli di intervento a carattere riparativo-riconciliativo, alternativi o integrativi rispetto alla giustizia punitiva classica (riferimenti alle «Commissioni per la verità e la riconciliazione»). – 6. Rilievi conclusivi.

1. *Premesse*

Il problema degli obiettivi della giustizia penale internazionale nella realtà odierna pone sul tappeto questioni complesse e di ampia portata, che ben trascendono l'ottica specifica del penalista. Nello stesso tempo, pur costituendo (per dir così) un sottosistema peculiare nell'orizzonte complessivo della penalità, è anche vero che l'universo specifico del penale internazionale costituisce oggi un laboratorio di estremo interesse, oltre che per gli specialisti, per gli stessi studiosi che si occupano di diritto penale entro i tradizionali confini nazionali: lo scenario della giustizia penale internazionale costituisce, da questo punto di vista, un osservatorio privilegiato per riflettere su questioni di fondo, fenomeni e linee di tendenza che in qualche modo o misura interessano anche il diritto penale odierno considerato più in generale.

A cominciare – rileverei subito – proprio dai problemi di fondo, non a caso storicamente ricorrenti e cui ogni epoca cerca di dare una sua risposta, relativi alla legittimazione e agli scopi della giustizia penale: per cui porsi interrogativi circa gli obiettivi della giustizia penale internazionale equivale anche a riaffrontare indirettamente i difficili interrogativi circa il significato e gli scopi della punizione nel diritto penale contemporaneo. Il fenomeno del punire, nella sua irriducibile polivalenza e ambiguità di significati, è profondamente 'poroso' rispetto agli influssi e ai condizionamenti dei contesti politico-culturali esterni; in poche parole, esso risente moltissimo dello *Zeitgeist*. Questa inevitabile porosità della giustizia penale rispetto alle tendenze dominanti nei diversi periodi storici spiega come mai, nel contesto attuale, l'esigenza di dare soddisfazione alle vittime – che si afferma innanzitutto come esigenza politica di trovare ascolto e aver voce nel dibattito pubblico e nei circuiti

della politica¹ – pretenda sempre più di avere spazio nello scenario penale: sino al punto – potremmo dire – che il paradigma vittimario tende a candidarsi a nuovo criterio di fondo che ridisegna l’orizzonte di senso della penalità, ridimensionando sensibilmente i più tradizionali paradigmi basati sul ruolo centrale dell’autore del reato. Proprio in questo crescente spostamento di interesse e di attenzione dall’autore alla vittima si manifesta, oggi, una significativa e comune linea di tendenza che attraversa sia la giustizia penale internazionale, sia i diritti penali degli ordinamenti nazionali².

Se tutto ciò è vero, rimangono tuttavia ancora aperte alcune grosse questioni di fondo. Prima questione: che cosa vuol dire *soddisfazione* delle vittime? Seconda questione: il diritto e il processo penale fino a che punto possono fungere da strumenti idonei ad assicurare forme di riparazione alle vittime? Terza questione: specie nei contesti di transizione in cui spesso è chiamata a intervenire la giustizia penale internazionale, l’obiettivo di una riparazione riconciliativa non è preferibilmente raggiungibile – almeno in alcuni casi – mediante strumenti di intervento alternativi rispetto alla condanna e alla punizione dei colpevoli?

Interrogativi come questi sono, non a caso, al centro delle perduranti discussioni sulle funzioni e i limiti della giustizia penale internazionale. Contemperando ‘poesia’ e ‘prosa’, entusiasmi idealistici della fase nascente e lucida analisi della realtà effettuale³, quali obiettivi possiamo realisticamente assegnarle?

2. Il problema degli obiettivi della giustizia penale internazionale: a) nella prospettiva (endopenalistica) degli scopi della pena

Nell’affrontare la questione degli scopi della giustizia penale internazionale, ci si può collocare sotto più angolazioni prospettiche, rispettivamente caratterizzate da un differente grado di prossimità rispetto all’universo della giustizia penale ordinaria.

L’approccio più contiguo è quello cosiddetto dell’«analogia domestica» (*domestic analogy*), cioè che guarda ai compiti del penale internazionale prendendo le mosse dalle categorie tradizionali dei diritti penali

¹ Cfr. C. ELIACHEFF, D. SOULEZ LARIVIERE, *Il tempo delle vittime*, trad. it., Milano, 2008; G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, Milano, 2011.

² Si vedano anche, assai di recente, G. FORNASARI, E. FRONZA, *Le antinomie tra diritto penale interno e diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano*, in AA.VV., *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell’America Latina*, a cura di G. Fornasari ed E. Fronza, Trento, 2011, 1 ss.

³ A. GARAPON, J. HUBRECHT, *La justice pénal internationale, de la “période héroïque” au temps prosaïque*, in AA.VV., *Punire mediante riconciliare*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino, 2009, 35 ss.

nazionali, a cominciare da quelle che vengono in rilievo nell'ambito del plurisecolare dibattito sulle finalità della pena. Com'è noto, questo dibattito è andato evolvendo nel corso del tempo lungo due direzioni, una costituita da 'costanti' (i due risalenti e persistenti paradigmi *retributivo* e *preventivo*), l'altra da 'variabili' (i mutevoli modi di concepire, per un verso, la retribuzione e la prevenzione in sé considerate e, per altro verso, i loro possibili rapporti di interazione). Nonostante si siano compiuti negli ultimi decenni tentativi teorici di profondo rinnovamento, rimane tuttavia l'impressione che anche le versioni apparentemente più innovative della teoria della pena finiscano – nella sostanza – col predisporre botti nuove per un vino che rimane vecchio; e ciò contribuisce a spiegare il senso di stanchezza e la crescente insoddisfazione per i termini del dibattito corrente, che sempre più cogliamo nell'ambito delle migliori e culturalmente più avvedute rivisitazioni critiche dell'intera problematica della punizione nel mondo odierno. Ciò invero sino al punto di indurre a esplicitare l'interrogativo radicale – eccessivamente provocatorio solo in apparenza – se la pena continui a poter essere oggi giustificata da autentiche *ragioni*; o se, piuttosto, essa possa continuare a essere compresa «soltanto a partire da *cause* – e più precisamente da cause che, lungi dal poter essere ancora afferrabili dalla ragione, esercitano la loro azione dietro le sue spalle»⁴.

Comunque sia, non è questa la sede per ripercorrere in dettaglio tutte le tappe evolutive della discussione accademica sul finalismo delle pene, incluse le sofisticate evoluzioni (o, a seconda dei punti di vista, involuzioni) che la più recente teoria della pena ha fatto registrare specie (ma non soltanto) nell'ambiente dottrinale tedesco, accordando infine tendenziale prevalenza alla prevenzione generale cosiddetta positiva (a sua volta, declinata secondo versioni non coincidenti). A parte l'eccessivo spazio che una disamina siffatta richiederebbe, rivolgere l'attenzione a tutta la ricchezza di implicazioni e sfumature che una teoria della pena specificamente orientata alla giustizia internazionale è di per sé in grado di sviluppare⁵, finirebbe col dare al nostro discorso un taglio eccessivamente teorico, rischiando di porre in seconda linea il problema più ampio dell'insieme degli obiettivi della giurisdizione penale internazionale, alcuni dei quali presentano – specie nei tormentati contesti di transizione – risvolti politici, culturali, etico-sociali e *lato sensu* pragmatici così spiccati da esulare in ogni caso dal più ristretto recinto della teoria e della prassi del punire.

⁴ K. GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello Stato di diritto*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Torino, 2010, 116.

⁵ Si rinvia in proposito alla approfondita e dettagliata analisi compiuta nella recente indagine monografica di L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009 (ivi ampi riferimenti alla letteratura penalistica e internazionalistica anche straniera).

Ciò premesso, preferiamo dunque qui concentrare l'attenzione sui due scopi fondamentali che si può dire da sempre stanno al centro del dibattito sui fini della pena, e che – com'è noto – stanno alla base dei due modelli di giustizia penale rispettivamente orientati al paradigma retributivo e al paradigma preventivo.

Così come la teoria della pena è solita ormai da tempo sottolineare con riferimento ai diritti penali nazionali, l'obiettivo della *prevenzione* dei reati – nella duplice forma della prevenzione generale e della prevenzione speciale, a loro volta l'una e l'altra articolabili in chiave sia negativa che positiva – costituisce lo scopo della pena più giustificabile in termini pragmatico-utilitaristici e perciò, da questo punto di vista, più in linea con l'ispirazione laica e secolarizzata della giustizia penale della modernità. Trasferendo questo approccio utilitaristico dal diritto penale interno al diritto penale internazionale, sarebbe dunque auspicabile poter confidare nel fatto che una rigorosa persecuzione penale degli autori di crimini assai gravi e a carattere massivo (quali sono quelli di competenza dei tribunali penali internazionali) possa produrre effetti deterrenti rispetto alla futura commissione di misfatti dello stesso tipo.

Senonché, non sembra realisticamente sostenibile che la funzione deterrente, già assai dubbia sul versante dei diritti penali domestici, possa assurgere a principale scopo o a obiettivo davvero credibile della giustizia penale internazionale. Ciò per un insieme di ragioni facilmente intuibili, connesse alle caratteristiche stesse dei crimini internazionali e ai contesti generali in cui essi di solito si ambientano, che fanno apparire sin da subito non poco problematica, per nulla scontata la funzionalità preventiva della condanna e della punizione di un numero pur sempre circoscritto di individui, posti per lo più in un ruolo apicale. È del resto la stessa esperienza dei processi internazionali del secondo dopoguerra a non fornire segnali in questo senso confortanti, se è vero che crimini di guerra, crimini contro l'umanità, varie forme di atrocità di massa e gravi violazioni dei diritti umani hanno purtroppo continuato a verificarsi in misura non minore che in passato. Come è stato ben rilevato, «nulla sembra garantire che un'attività giudiziaria che applichi sanzioni, anche le più severe, contro singoli individui responsabili di illeciti internazionali incida sulle dimensioni macrostrutturali della guerra, possa cioè agire sulle ragioni profonde dell'aggressività umana, del conflitto e della violenza armata»⁶.

A indurre tanto più scetticismo in proposito è proprio la considerazione delle complesse e polivalenti dinamiche motivazionali sottese ai crimini internazionali, non certo riducibili a quello schema motivazionale abba-

⁶ D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004, 100.

stanza semplicistico (e in larga misura astratto e irrealistico!) sul quale fa leva la tradizionale idea di deterrenza, presupponendo che il delinquente sia un calcolatore razionale che soppesa a mente fredda i costi e i benefici delle scelte delittuose. Questo modello idealtipico di criminale, poco credibile nell'ambito della criminalità comune, lo è ancora di meno nel teatro dei crimini internazionali: infatti, «i contrasti di cui la giustizia penale internazionale si occupa innescano passioni potenti e tendono a coinvolgere soggetti pronti ad accettare il rischio di una punizione», o persino propensi a considerare «la morte conseguente alle loro azioni come una conferma dei loro ideali e una benedizione»⁷.

Ma vi è di più. La potenziale efficacia deterrente della punizione è ulteriormente messa in forse proprio dai complessi meccanismi necessari per attivare il funzionamento della Corte penale internazionale (CPI), i quali presuppongono una efficace collaborazione degli Stati e dipendono da opzioni politiche contingenti e altri presupposti di incerta verifica che sfuggono comunque a un diretto controllo della Corte medesima.

Rimane, a questo punto, da accennare ad una prospettiva di prevenzione generale declinabile in termini, più che di deterrenza, di orientamento culturale in chiave simbolico-comunicativa: ma questo tipo di prospettiva finisce col confluire in una ottica retributiva concepita in modo aggiornato, come emerge dalle considerazioni che seguono.

Assai criticato, in ogni caso non poco discredito in seno alla teoria ufficiale della pena ormai predominante negli ambiti domestici, il paradigma retributivo sembra tornare in auge e sperimentare una insperata vitalità proprio nell'orizzonte della giustizia penale internazionale. Le ragioni di questo revival sono almeno in parte intuibili. La prima ragione, che balza subito in evidenza e sembra esercitare un peso preponderante, si riconnette alla particolare gravità del tipo di crimini che vengono in questione: reagire alla loro commissione con una pena finalizzata a sua volta a infliggere sofferenza ai colpevoli, per ripagarli dei dolori e dei traumi cagionati a tante vittime, è come adempiere un inderogabile imperativo di giustizia. Nel contraccambiare il male insito nel crimine con una punizione a carattere afflittivo si realizza un'esigenza di giustizia come necessaria compensazione, che riflette emblematicamente – volendo – la nota «metafisica della retribuzione» di matrice kantiana ed hegeliana: la punizione retributiva contraddice il crimine, riaffermando la validità del diritto e l'intangibilità dei valori violati. Ma, a voler prescindere da vecchie suggestioni metafisiche, l'approccio retributivo

⁷ M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, 34.

può esibire ragioni di plausibilità secondo prospettive in realtà più vicine alla cultura odierna.

Per un verso, esplicitando il possibile collegamento con una prospettiva di prevenzione generale positiva. Riformulando la concezione retributiva in una ottica funzionalistica, una pena di significato afflittivo assumerebbe infatti il compito di stigmatizzare simbolicamente il grave disvalore insito nei *crimina juris gentium*: essa cioè fungerebbe da *medium* comunicativo, che sottolinea agli occhi di tutti la necessità inderogabile di rispettare i diritti e i valori fondamentali del genere umano.

In una seconda e complementare prospettiva il paradigma retributivo può apparire il più adatto, rispetto ad altre concezioni della pena, a coniugarsi con un altro paradigma che da qualche anno tende ad assumere un ruolo sempre più protagonista nello spazio pubblico – cioè il paradigma vittimario, quale sintesi delle aspettative e delle esigenze di soddisfazione emergenti dal complesso e variegato mondo delle vittime⁸. Da tempo, in sede di riflessione teorica non si è mancato – com'è noto – di interpretare l'orientazione retributiva della pena pubblica anche in chiave di sublimazione o addomesticamento della antica vendetta privata, nel senso che lo Stato assumerebbe su di sé il compito di razionalizzare e canalizzare in forme più controllate i bisogni emotivi di rivalsa pur sempre presenti nelle vittime in carne ed ossa. Da questo punto di vista, la pena come retribuzione implicherebbe dunque un riferimento necessario, ancorché implicito, alla vittima, e la punizione finirebbe con l'assumere il significato di una riparazione o compensazione (ancorché in forma ideale o simbolica) delle offese patite dai concreti soggetti passivi del reato. Ora vi è anche chi, sviluppando una simile prospettiva di fondo, tende oggi a reinterpretare la pena retributiva come la forma di punizione più idonea a soddisfare le aspettative proprio delle vittime di crimini particolarmente gravi o atroci, specie se commessi in contesti in cui i colpevoli rivestono posizioni di potere e supremazia, per cui le aggressioni perpetrate assumono anche il significato di sottolineare la condizione di inferiorità o l'impotenza degli individui che le subiscono: in questi casi, punire in modo da far soffrire i colpevoli così come le vittime hanno sofferto, servirebbe a ristabilire una situazione di eguaglianza tra autori e soggetti passivi e costituirebbe in ogni caso una maniera di testimoniare solidarietà alle vittime⁹.

A dispetto di tali tentativi di affinamento teorico, l'insistere nella valorizzazione della dimensione retributiva continua ad esibire punti di debolezza sotto più profili.

Cominciando dalla prospettiva simbolico-comunicativa, cioè dalla ritenuta attitudine della pena in chiave retributiva a veicolare il pub-

⁸ Si vedano gli autori citati *supra*, nota 1.

⁹ Cfr., in particolare, G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it., Bologna, 2004, 70.

blico messaggio che i valori e i diritti fondamentali mantengono tutto il loro vigore nonostante le violazioni commesse, vi è in realtà da chiedersi perché tale funzione di messaggio debba necessariamente rimanere legata a una pena afflittiva. Non esistono mezzi di comunicazione diversi e comparativamente più efficaci? Se si ritiene che la punizione in fondo si riduca ad un'azione sociale di valenza 'performativa', destinata cioè a comunicare all'esterno l'idea che la norma violata rimane valida e meritevole di rispetto malgrado l'illecito commesso, come atto di pubblica conferma di tale validità non sarebbe già sufficiente – a rigore – il mero giudizio di attribuzione di responsabilità agli autori del fatto e il connesso verdetto di colpevolezza? «Resta senza risposta soddisfacente la domanda perché a questo messaggio debba anche aggiungersi l'irrogazione statale di un male. L'unica risposta verosimile è che il punire (con tutto il suo sistema di simboli) rappresenti una convenzione dalla lunga e consolidata tradizione, di cui le società sono solite servirsi quando si tratta di trasmettere quei messaggi. Un esame razionale della pena, tuttavia, dovrebbe chiedersi se le società moderne non possano inventarsi qualcosa di meglio, piuttosto che seguire passivamente abitudini consolidate»¹⁰.

Quanto poi alla potenziale efficacia satisfattiva e alla supposta impronta solidaristica insite in una punizione intesa come strumento di compensazione delle sofferenze inflitte alle vittime concrete, e di riaffermazione di un rapporto paritario tra queste ultime e i colpevoli, residuano ulteriori riserve critiche che è opportuno esplicitare. Pur non escludendo che la vittima possa anche avvertire come una manifestazione di solidarietà nei propri confronti l'inflizione al colpevole di una sanzione afflittiva volta a contraccambiare il male patito, il vero problema è se ciò equivalga in qualche modo o misura a soddisfare dal punto di vista psicologico e morale le reali aspettative di quanti hanno vissuto esperienze di vittimizzazione. La domanda preliminare da porsi in proposito è, infatti, questa: sappiamo davvero cosa significa dare *soddisfazione* alle vittime? Il cuore delle vittime, come l'esperienza concreta dimostra, è attraversato da reazioni contraddittorie e da sentimenti in parte oscuri, tra i quali (come ha avuto occasione di sperimentare anche chi scrive, nel corso di una vicenda personale assai dolorosa per la perdita di una persona cara in un incidente stradale gravemente colposo) un generico desiderio di vendetta, insieme a un altrettanto generico bisogno di solidarietà¹¹.

¹⁰ K. GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello Stato di diritto*, cit., 93.

¹¹ Per un approccio in chiave psichiatrica e psicologica vedi, di recente, F.R. MOLLICA, *Le ferite invisibili*, trad. it., Milano, 2007. In una prospettiva di riflessione che, muovendo da un'analisi del vissuto psicologico delle vittime, tenta di svilupparne implicazioni in termini di teorizzazione penalistica cfr. J.P. REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, München, 1999, 26 s.; nonché, il confronto critico a due voci in proposito svolto in W. HASSEMER, J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, München, 2002.

Sicché, può anche essere vero che la prospettiva di una punizione-sofferenza inflitta al colpevole provochi sensazioni di sollievo e venga altresì percepita come segno di atteggiamento solidale. Ma si tratta di forme di soddisfazione durature e davvero idonee a elaborare il dolore, a curare le ferite cagionate dal crimine?

Gli studi sulla psicologia della vittima in atto disponibili mettono in realtà in evidenza come, nel caso dei crimini più gravi del tipo di quelli di competenza della giurisdizione penale internazionale, le vittime subiscano veri e propri *traumi*. Ed è tipica dell'evento traumatico la difficoltà di integrarlo, nella psicologia di chi lo subisce, come un evento accettabile: per cui il trauma continua in qualche modo a sopravvivere nella storia personale della vittima, e comunque è frequente la perdurante presenza di 'postumi' o effetti tardivi dell'esperienza traumatica vissuta¹². Tutto ciò basta, in realtà, a mettere in guardia dalla facile illusione che una prospettiva di punizione in chiave retributiva dei colpevoli possa avere, di per sé, l'effetto magico di consentire una soddisfazione delle vittime come effettiva guarigione dai traumi patiti.

Le vittime dei reati più gravi hanno bisogno di ben altro, e cioè di forme di trattamento psicologico che siano finalizzate proprio ad aiutarle ad elaborare le loro sofferenze. Così, non sorprende troppo che, nel contesto di una brillante rievitazione critica della teoria della pena nell'ottica della vittima (sviluppata, non a caso, da un cultore di scienze sociali che non fa il giurista di mestiere!), venga prospettata la tesi che – dopo aver già da tempo costruito un primo binario penalistico per la 'rieducazione del condannato' – sia ormai venuto il momento di edificare un secondo binario destinato, appunto, alla *rieducazione delle vittime*¹³. Si tratta, in verità, di una sollecitazione teorica meritevole di discussione e approfondimento. Se una cosa è evidente fin da ora, è che per chiarire il concetto di rieducazione o risocializzazione delle vittime è necessario avere preliminarmente idee chiare (o più chiare) proprio sul complesso mondo psichico delle vittime medesime e su quanto è necessario o utile per garantire loro una soddisfazione psicologica e morale non effimera.

Per saperne di più, sarebbe auspicabile che gli esperti di scienze psichiatriche e psicologiche approfondiscano ulteriormente l'indagine sulle conseguenze psichiche prodotte dalle aggressioni criminali, sulle tipologie di modalità reattive delle vittime e sulle tecniche di intervento esperibili per curare o alleviare i traumi e le sofferenze da loro vissute. Studi pionieristici, di cui attualmente disponiamo, mettono in evidenza che le persone traumatizzate da genocidi o da altri crimini atroci vivono in maniera pressoché costante sentimenti di paura, umi-

¹² Si vedano gli autori citati alla nota precedente.

¹³ Cfr., in particolare, J.P. REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf di Bestrafung des Taeters*, cit.

liazione, vergogna, tristezza, rabbia; e suggeriscono che un processo di autentico superamento dell'umiliazione e di autentica elaborazione degli altri sentimenti connessi richiede (oltre che l'eventuale ricorso a terapie psicologiche a livello individuale) nuovi approcci sociali volti a promuovere processi collettivi di 'autoguarigione': tra i percorsi di guarigione additati, assume particolare rilievo la possibilità che le vittime traducano le loro sofferenze in parole, riescano a trovare adeguato ascolto nello spazio pubblico e raccontino le loro vicende nel contesto di una narrazione corale¹⁴.

Se così è, si prospettano come strumenti di intervento promettenti, più che il processo penale tradizionale, le forme e le tecniche di riconciliazione ispirate ai paradigmi della giustizia riparativa (cfr. anche *infra*, par. 5).

3. *Segue: b) in un orizzonte più ampio*

Come si anticipava all'inizio, lo spettro degli obiettivi della giustizia penale internazionale è però potenzialmente più esteso ed articolato rispetto al novero pur sempre circoscritto delle finalità assegnabili alla condanna e alla punizione strettamente intese.

In questo orizzonte più ampio, tra i possibili obiettivi finalistici della persecuzione dei crimini internazionali rientrerebbero ulteriori scopi così riassumibili: contribuire a porre fine ai conflitti in corso, alla riconciliazione dei gruppi in contrasto e alla stabilizzazione della pace; produrre una documentazione attendibile dei crimini e delle atrocità commesse; conservare la memoria e ricostruire la storia degli eventi accaduti, collocando i fenomeni criminali in un contesto più ampio e indagandone le cause di tipo storico-politico; fornire contributi alla diffusione della cultura dei diritti umani e all'educazione civile dei popoli. Ci troviamo manifestamente di fronte, in realtà, a un *sovraccarico di obiettivi*; per giunta, troppo ambiziosi e impegnativi per addossarli tutti sulle spalle del processo penale. Ma, a ben vedere, si tratta di obiettivi che, oltre a risultare difficilmente raggiungibili con i limitati strumenti della giustizia penale, «spingono in direzioni diverse e generano tensioni», per cui «persistono ambiguità imbarazzanti» in assenza di un chiaro quadro di priorità, peraltro verosimilmente impossibile da definire¹⁵.

Per esemplificare, si consideri il problema del rapporto tra l'obiettivo finale della riconciliazione e gli obiettivi ad esso strumentali della ricostruzione della verità fattuale e di una memoria condivisa. Prima ancora di chiedersi se il processo penale sia davvero idoneo al conseguimento di obiettivi siffatti, l'idea che la ricostruzione scrupolosa della verità fa-

¹⁴ F.R. MOLLICA, *Le ferite invisibili*, cit., *passim*.

¹⁵ Per una evidenziazione assai lucida di queste tensioni e ambiguità vedi M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*, cit., 12 ss., 19.

ciliti comunque la riconciliazione è un'ipotesi empiricamente dubbia: in alcuni casi, può essere più utile in vista di un effetto riconciliativo la rinuncia a ricostruire la verità dei fatti, insieme con una buona dose di oblio¹⁶. D'altra parte, non è per nulla facile ricostruire una memoria condivisa, anche se l'intento nobile di questa impresa è evidente: «evitare la ripetizione dell'errore, risanare senza dimenticare, ricomporre senza rinunciare alle distinzioni delle ragioni, riunire senza annegare nella relatività i valori da difendere e le idee da rifiutare»¹⁷. In realtà, come dimostrano le discipline extragiuridiche che ne studiano lo statuto (psicologia, psichiatria, psicoanalisi, storia, sociologia, scienza della politica, insieme con non poche testimonianze letterarie), la memoria è una categoria problematica esposta ad una lunga serie di 'trappole'¹⁸. Essa tende a essere individuale, soggettiva, intima perché riflette una angolazione personale, di parte. Essendo oggi sempre più fondata sulla centralità delle vittime, essa vive di emozioni, di passioni e finisce col risultare spesso conflittuale e 'divisiva': in luogo di una memoria unica, proliferano le memorie di gruppo, le memorie di parte, impegnate in interminabili contese risarcitorie e non a caso suscettibili di facili strumentalizzazioni politiche¹⁹. Sicché, in vista dell'obiettivo della riconciliazione, sembrerebbe opportuno riuscire a separare memoria e 'storia', come due ambiti rispettivamente contraddistinti dal dominio delle emozioni o dalla prevalenza della riflessione pacata. Cioè, la memoria si accamperebbe «in un'area presidiata da concetti come ricordo, tradizione, identità»; la storia si prospetterebbe invece come «un esercizio critico, una costruzione multipla che allena al confronto, alla consapevolezza delle diversità. In questo senso, invocare "più storia e meno memoria" potrebbe voler dire sforzarsi di trovare un forte antidoto alla inquietante contraddittorietà di una memoria vittimaria»²⁰.

Ma, a parte la impossibilità di una contrapposizione netta tra la dimensione storica e quella memoriale, è più che dubbio che possa essere il processo penale il luogo più adatto per ricostruire una verità storica immune dai fattori di condizionamento connessi alle aspettative delle vittime. La giustizia penale, se non deve (in teoria) farsi troppo condizionare dalle emozioni e dai sentimenti, non può funzionare con la stessa freddezza razionale e distanza critica che si esigono per le indagini ricostrut-

¹⁶ Cfr. per tutti, di recente, M. CRUZ, *I brutti scherzi del passato*, trad. it., Torino, 2010.

¹⁷ W. BARBERIS, *Il bisogno di patria*, Torino, 2010, 52.

¹⁸ Così, con molta efficacia, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, alla cui lucida e dettagliata analisi (corredata altresì di ampi riferimenti bibliografici) si rinvia.

¹⁹ G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., 96 ss. e *passim*.

²⁰ G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., 140; cfr. anche W. BARBERIS, *Il bisogno di patria*, cit., 54 s.

tive effettuate dagli storici di professione. Il dubbio, in maniera ancora più radicale, riguarda l'idoneità del processo penale a fungere da valido strumento di ricerca storica, e ciò sotto diversi profili. Le limitazioni temporali del processo e l'angolazione ricostruttiva orientata secondo i criteri della rilevanza penale, con la conseguente tendenza a interpretare gli accadimenti in chiave 'criminalizzatrice' e di contrapposizione schematica tra colpevoli e innocenti, non consentono, per un verso, di osservare i tempi lunghi del dibattito storico approfondito e, per altro verso, di effettuare ricostruzioni 'pluralistiche' aperte alla diversità dei punti di vista e attente alle sfumature. È per questo che non manca chi auspica che anche il processo dovrebbe esser fatto funzionare come un «teatro per lo scontro delle idee»²¹. Tuttavia, questa prospettiva – ammesso che sia di fatto realizzabile – non può non entrare in tensione con due esigenze specificamente connesse alla logica della giustizia penale, quali da un lato la necessità di ricostruire in maniera univoca la verità fattuale per rendere credibile il giudizio di colpevolezza e, dall'altro, la funzione educativa che il processo dovrebbe svolgere in termini di stigmatizzazione chiara ed altrettanto univoca del disvalore insito nelle violazioni criminose poste a fondamento della condanna²². Per le ragioni fin qui sintetizzate, coglie verosimilmente nel segno chi osserva che la «giustizia penale è sempre individuale e non 'en masse'. Per questo non deve ricostruire la storia e la memoria, ma solo offrire singoli elementi di giudizio, singoli fatti, per chi quella storia intenda capire e ripensare. Sempre di nuovo, si intende, senza vincoli di giudicato»²³.

Ma non meno problematica, a questo punto, appare la idoneità del giudizio penale a perseguire obiettivi di pacificazione e riconciliazione. L'interrogativo di fondo che in proposito sorge, è così sintetizzabile: ai fini di una riparazione di gravi violazioni dei diritti umani realizzate su larga scala, e di una conseguente riconciliazione degli individui e dei gruppi sociali che hanno vissuto laceranti conflitti e patito grandi sofferenze, è potenzialmente più efficace la personalizzazione della responsabilità penale in capo a pochi colpevoli (posti per lo più in posizione di comando o comunque apicale), o l'attivazione di meccanismi alternativi a carattere extrapenale di presa di conoscenza, elaborazione e responsabilizzazione collettiva? Nell'affrontare questo interrogativo davvero cruciale, sarebbe bene muovere dalla presa d'atto che la questione è molto più difficile e complessa di quanto non sembri a prima vista. In realtà, non sarebbe possibile fornire una risposta valida una volta per tutte in linea genera-

²¹ M. OSIEL, *Collective Memory and the Law*, 1997, 52, 164. Si veda anche P. RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio*, trad. it., Milano, 2003.

²² Più diffusamente, M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*, cit., 37.

²³ M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 216.

le e astratta. Non poco dipende dalle caratteristiche dei contesti specifici di riferimento, dall'intensità e dalle tipologie dei conflitti, dalle tradizioni e dagli atteggiamenti culturali delle popolazioni coinvolte, dai tempi dell'eventuale stadio di transizione e dagli ostacoli che si frappongono a un processo di pacificazione. Se ad esempio la scelta di attivare la giustizia penale cade in un momento sotto qualche aspetto inopportuno, il rischio concreto è che il processo aggravi la situazione di persistente conflitto e, piuttosto che agevolare, renda più difficoltoso il processo di pace e impossibile la riconciliazione. Ma vi è di più.

In talune circostanze può darsi che la rimozione della consapevolezza di una responsabilità collettiva crei simpatia per i pochi soggetti imputati, aizzando ampi settori della società contro una giustizia imposta dall'esterno. Può anche accadere che in alcune società imputazioni di responsabilità anche molto estese generino l'impulso a giustificare atti di violenza, ostacolando reazioni più favorevoli alle incriminazioni. Sia come sia, il conseguimento di una riconciliazione richiede tempo e probabilmente richiede molto di più che di un intervento del giudice²⁴.

4. *Possibili motivazioni a favore e limiti della logica punitiva e del giudizio individuale di colpevolezza*

In base alle considerazioni che precedono, sono già emerse non poche ragioni che pongono quantomeno in dubbio l'efficacia della giustizia penale internazionale, tanto più se considerata in rapporto all'insieme dei suoi potenziali obiettivi. Nonostante non manchi la consapevolezza diffusa di questa dubbia efficacia, persiste tuttavia in alcuni settori del mondo politico e della cultura giuridica una preferenza di principio per la via giudiziaria come strumento privilegiato di elaborazione dei conflitti derivanti dalla commissione di crimini internazionali. Come si spiega questa preferenza?

L'attribuzione di un primato tendenzialmente assoluto all'intervento penale può trovare una prima motivazione di fondo in una persistente pretesa di rivendicare una sorta di inderogabile ideale assoluto di giustizia, che imporrebbe necessariamente di affidare a una meritata punizione, a un giusto castigo la funzione di riaffermare la validità e l'importanza dei diritti fondamentali violati. In altre parole, non vi sarebbe migliore mezzo di messaggio della pena-castigo per additare simbolicamente i valori fondamentali, il cui rispetto segna lo spartiacque tra gli *amici*

²⁴ M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*, cit., 13 e nota 5.

e i *nemici* del genere umano. A ben vedere, questa accentuazione della funzione simbolico-comunicativa in chiave compensativa e pedagogica della pena retributiva, oltre a determinare una sovrapposizione forse eccessiva di funzioni repressive e istanze eticizzanti, reca come ulteriore inconveniente il rischio di assecondare un preoccupante scivolamento della giurisdizione penale internazionale verso un modello di *diritto penale del nemico*²⁵

Ma, nel privilegiare un approccio di tipo giudiziario-punitivo, può emergere una motivazione di fondo aggiuntiva, sotto certi aspetti complementare rispetto al bisogno di retribuzione, e che ha in realtà a che fare con l'insieme delle ragioni ispiratrici sottese allo Statuto di Roma e alla istituzione di una Corte penale internazionale. Com'è forse intuibile, si allude a quella prospettiva di giustificazione – sviluppata in modo eccellente da Hannah Arendt – che individua la ragione fondamentale per attivare processi penali nell'esigenza etico-giuridica di affermare «l'idea di una responsabilità e di una colpa personale»: in modo da richiamare e tener viva nella coscienza di ogni individuo la consapevolezza che ciascuno risponde dei propri atti, e non è consentito giuocare allo scaricabarile, ricercare comode scappatoie accollando la responsabilità di quanto accade soltanto a sistemi, organizzazioni o strutture collettive²⁶.

Ma la rivendicazione del principio della colpevolezza individuale, se presenta il vantaggio etico-politico di riaffermare il valore (essenziale in una democrazia liberale) dell'autonomia e della conseguente responsabilità personale, reca per altro verso possibili inconvenienti legati proprio alla logica intrinseca della punizione e della colpa. Studi di psicologia e psicoanalisi, aventi appunto ad oggetto la «logica della colpa», mettono infatti in evidenza la situazione di imbarazzo, la condizione di difficoltà in cui versa (non soltanto il giudice, bensì) ogni soggetto giudicante al momento di giudicare secondo i parametri della responsabilità individuale vicende di per sé assai complesse che riconducono a cause molteplici ed eterogenee: ci si troverebbe in presenza di uno stato mentale che viene suggestivamente (e, forse, arditamente) definito «paradosso schizofrenico», dal momento che il soggetto giudicante sarebbe psicologicamente costretto a sdoppiarsi, da un lato cercando di comprendere e spiegare la genesi degli eventi in tutta la loro complessità, e dunque senza emettere superficiali giudizi di responsabilità e facili condanne (e attingendo, così, un livello più alto e sofisticato di consapevolezza definibile in termini di «responsabilità tragica»); e, dall'altro, costringendosi nel contempo a privilegiare la logica del giudizio di colpevolezza individuale, rinunciando così in qualche modo e misura a tenere conto del peso determinante di qualcuno dei diver-

²⁵ Più diffusamente, in proposito, G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A.A.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, 2007, 191 ss.

²⁶ H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, trad. it., Torino, 2003, 47 ss.

si fattori causali in giuoco²⁷. Ciò premesso, una plausibile ragione per cui la logica della colpevolezza e della condanna rimane molto diffusa e vorrebbe spesso prevalere va individuata – al di là di un persistente bisogno di giustizia – nel fatto che essa presenta, appunto, il vantaggio di *tendere a semplificare*, cogliendo selettivamente alcuni nessi e azzerandone altri:

[...] semplifica la realtà e quindi è più agevole da trasmettere agli altri. Si ha l'impressione che, non solo gli stereotipi e i pregiudizi consolidati, ma lo stesso pensiero privo di complessità e di sfumature abbia più facile presa sulle menti non educate, pigre, su quelle innamorate di un ideale da difendere a ogni costo, o semplicemente non molto intelligenti (anche se la scarsa intelligenza non porta necessariamente ad ancorarsi alla logica della colpa e viceversa)²⁸.

Se così è, non è allora difficile comprendere come mai un pensiero semplificato e semplificante come quello basato sull'idea di colpa si presti a essere facilmente utilizzato anche dalle istituzioni, «che tendono a cercare la strada con minori ostacoli per gestirsi tra le difficoltà e per potere quindi operare [...]; da ciò possono nascere politiche e strategie obiettivamente ciniche»²⁹.

Purtroppo, tanto la storia che l'esperienza recente della giurisdizione penale internazionale dimostrano che calcoli di opportunità politica, e scelte discrezionalmente selettive sino al punto da tenere in dispregio elementari esigenze di eguaglianza o da sfociare nel vero e proprio arbitrio, continuano tuttora a esercitare un peso determinante nel condizionare l'attivazione o la mancata attivazione del processo penale come strumento di elaborazione dei conflitti. E certamente ciò non giova a potenziare la credibilità complessiva dell'intervento penale.

5. *Modelli di intervento a carattere riparativo-riconciliativo, alternativi o integrativi rispetto alla giustizia punitiva classica (riferimenti alle «Commissioni per la verità e la riconciliazione»)*

Giunti a questo punto, è venuto il momento di prendere in considerazione possibili modelli extrapenalici di elaborazione dei conflitti derivanti dai crimini internazionali, che si ispirano a logiche di intervento di tipo *lato sensu* riparatorio e che perseguono in via prioritaria un obiettivo di riconciliazione.

²⁷ R. SPEZIALE-BADAGLIACCA, *Esiste una logica della colpa?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1998, 81 ss.; R. SPEZIALE-BADAGLIACCA, *Colpa. Considerazioni su rimorso, vendetta e responsabilità*, Roma, 1997.

²⁸ R. SPEZIALE-BADAGLIACCA, *Esiste una logica della colpa?*, cit., 86.

²⁹ *Ibid.*

In linea di principio, tali modelli alternativi (o integrativi) di intervento dovrebbero tendere a soddisfare alcune esigenze, peraltro connesse, così sintetizzabili: in primo luogo, farsi meglio carico della complessità e della molteplicità delle cause e delle ragioni che stanno all'origine dei crimini lesivi dei diritti umani; in secondo luogo, tenere più adeguatamente in conto le dinamiche storico-culturali e socio-psicologiche che contribuiscono a spiegare i crimini sistemici nelle specifiche realtà in cui si manifestano; in terzo luogo, riuscire a dare più voce e soddisfazione alle vittime in carne e ossa delle violazioni commesse.

Invero, l'esperienza concreta sinora maturata a livello internazionale ci mette già di fronte a una certa varietà di forme di giustizia (o comunque di tecniche di risoluzione di conflitti) destinate a dare risposta ai *crimina juris gentium*, valorizzando in qualche modo o misura – al tempo stesso – il contributo dei contesti, delle culture e delle risorse locali. Varietà di forme in ragione, innanzitutto, del differente grado di prossimità o – viceversa – di distanza dal modello penale-giurisdizionale tipico dei Tribunali o delle Corti internazionali³⁰. Ad esempio, più vicini o contigui a quest'ultimo modello sono i Tribunali internazionali cosiddetti 'misti', come nel caso della Corte speciale per la Sierra Leone, istituita nel 2002 sulla base di un accordo tra quel paese e le Nazioni Unite e composta in parte da giudici nominati dal governo locale: questo tipo di soluzione ha, evidentemente, per scopo di valorizzare il contributo della cultura giuridica locale in sede di ricostruzione della stessa responsabilità penale.

Ma ritengo più opportuno, nello spirito della odierna giornata di studio, soffermarsi con più attenzione sui modelli di intervento a carattere extragiurisdizionale, di tipo riparativo-mediativo-riconciliativo. Non è certo questa la sede per esplicitare in dettaglio i paradigmi cui oggi si ispira la giustizia cosiddetta riparativa, né per approfondire la polivalenza, la complessità e la possibile ambiguità insita anche nei concetti di riparazione, mediazione e riconciliazione considerati sia in se stessi, sia nei problematici rapporti con la pena e le sue funzioni³¹. Piuttosto, quel che preme

³⁰ Cfr. M. STARITA, *La giustizia internazionale per gross violations di diritti umani fra esigenze retributive e riconciliative*, in AA.VV., *Punire mediante riconciliare*, cit., 59 ss.

³¹ Nell'ambito dell'ormai vasta letteratura in argomento, sia consentito limitarsi a citare G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; M. BOUCHARD-G. MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005. Tra i contributi più recenti, AA.VV., *Punire mediante riconciliare*, cit.; J. FAGET, *I "ragionevoli compromessi" della mediazione penale*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, 59 ss.; M. BOUCHARD, *La giustizia riparativa – dal panorama europeo ad un progetto*

qui evidenziare è che le perseguite differenze tra il tradizionale approccio giudiziario e i modelli extrapenali di intervento emergono con maggiore evidenza, piuttosto che ragionando in termini di concetti astratti, prendendo in esame le tecniche e le procedure delle quali i predetti modelli di intervento si avvalgono nella realtà concreta per conseguire obiettivi di pacificazione o riconciliazione.

A scopi anche esemplificativi, assume una valenza emblematica l'interessante esperienza della Commissione per la verità e la riconciliazione, istituita nel Sudafrica per affrontare i problemi della giustizia cosiddetta di transizione nel passaggio dal vecchio regime dell'*apartheid* al nuovo regime democratico, e chiudere i conti aperti con i crimini dell'epoca precedente per una via diversa da quella giudiziaria. Rimandando alle analitiche indagini di Andrea Lollini per una approfondita ricostruzione di tutta la vicenda, anche sotto un profilo giuridico-costituzionale³², interessa porre in evidenza che gli aspetti inediti del ricorso allo strumento della Commissione sono, in sintesi, consistiti: a) nel sospendere la logica giudiziaria; b) nel valorizzare la *confessione pubblica* quale presupposto di una «aministia condizionata».

Ora, la facoltà concessa ai responsabili dei crimini di richiedere l'aministia a condizione di rendere pubblica confessione dei misfatti commessi, implica una valorizzazione della dimensione riparatoria della stessa confessione, che si traduce nel mettere in condizione (non solo le autorità, ma) anche le vittime di venire a conoscenza dei soggetti responsabili e delle circostanze concrete in cui le offese sono state perpetrate: può già sortire una qualche efficacia lenitiva, infatti, un riconoscimento pubblico di colpevolezza (senza che sia assolutamente necessario che ne seguano una condanna penale e l'inflizione di una pena). Nel contempo, è il caso di evidenziare che i componenti della Commissione si spostavano nei vari luoghi che erano stati teatro delle aggressioni criminose per ricostruire i fatti attraverso il racconto dei protagonisti delle vicende in questione: come si è rilevato in precedenza (*supra*, par. 2.2), gli studi di psicologia della vittima individuano proprio nella narrazione delle vicende patite in un contesto pubblico di ascolto uno degli strumenti privilegiati per elaborare il dolore e curare le ferite dell'anima. Sicché, si è

locale di accompagnamento per le vittime dei reati, relazione presentata all'Incontro di studio del CSM su «Giustizia riparativa e processo penale: esperienze applicative nazionali ed internazionali. Le prospettive della mediazione penale nell'ordinamento italiano» (Roma, 1-3 marzo 2010); C. VISCONTI, *Mediazione penale e giustizia minorile. Appunti critici a margine dell'esperienza palermitana*, in *SottoTraccia. Saperi e percorsi sociali*, 2011, 38 ss.

³² A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005; A. LOLLINI, *L'Amnesty Committee della Commissione sudafricana verità e riconciliazione e le modalità di esercizio dell'azione penale per i crimini dell'era segregazionista*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare*, cit., 46 ss.

potuto in proposito osservare che una Commissione di riconciliazione secondo il modello sudafricano non si limita a manifestare interesse e rispetto per le vittime: essa, piuttosto, viene incontro alla necessità che la verità dei fatti si formi pubblicamente e collettivamente attraverso il contributo e l'opera attiva della memoria di tutti i soggetti che hanno preso parte alle drammatiche vicende, a cominciare dalle vittime, cui si attribuisce il ruolo di co-protagoniste dell'intera impresa di ricostruzione del passato. «Questa è la condizione perché il ricordo dell'offesa non generi solo risentimento e non tenda a promuovere il più naturale dei meccanismi di difesa, la rimozione; è la condizione per creare l'oblio attivo, premessa indispensabile per il superamento del conflitto e dell'odio che lo anima»³³.

Non è escluso che una valutazione così positiva della logica e delle modalità di funzionamento di una Commissione come questa sudafricana sia eccessivamente ottimistica. Al di là degli entusiasmi idealistici e delle possibili suggestioni romantiche, rimane il fatto che la scelta politico-costituzionale tra l'attivazione delle tradizionali procedure giudiziarie, e il ricorso a modelli di intervento a carattere riconciliativo, ha rilevanti implicazioni simboliche di segno indubbiamente diverso. Come anche la ricordata indagine di Lollini conferma, l'intervento repressivo-giudiziario reca con sé una impronta pur sempre *polemologica*: sotto il simbolo guerresco della spada (che si aggiunge significativamente a quello della bilancia), esso infatti divide, separa, discrimina tra colpevoli e innocenti, buoni e cattivi, amici e nemici. Ma, se la giustizia penale assolve così la funzione primaria di espellere, occultare il corpo del reo dal tessuto sociale³⁴, essa finisce di conseguenza col riproporre politicamente e simbolicamente la frattura tra *vinti* e *vincitori*; e ciò, oltre a provocare effetti politico-sociali non trascurabili, fomenta un modo pur sempre conflittuale di elaborare la memoria collettiva del passato.

Il modello riconciliativo invece, emancipandosi dalla logica punitiva, persegue l'obiettivo politico-simbolico di promuovere «il consolidarsi dell'unità del corpo politico orientandosi all'inclusione piuttosto che all'esclusione dei singoli e dei gruppi»³⁵: un obiettivo, dunque, più *irenico* che *polemologico*. Ciò invero in tendenziale armonia con la complessiva filosofia di fondo che oggi più in generale caratterizza i paradigmi della giustizia riparativa (e, in particolare, il paradigma della «mediazione» quale principale tecnica di riparazione), come modello di giustizia 'alternativa' (rispetto al processo penale e alla punizione) avente peraltro portata potenzialmente generale (cioè non circoscritto ai crimini internazionali, ma applicabile – come di fatto sempre più accade da circa un trentennio – a reati di normale competenza delle giurisdizioni nazio-

³³ M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, cit., 113 ss., 115.

³⁴ A. LOLLINI, *Costituzionalismo*, cit., 163.

³⁵ A. LOLLINI, *Costituzionalismo*, cit., 164.

nali). Si tratta cioè di una filosofia di fondo che tende a concepire l'offesa insita nel crimine come una sorta di rottura di una relazione o di un legame sociale preesistente: per cui l'obiettivo delle tecniche o procedure di riparazione-riconciliazione consiste nel tendere a ricostituire relazioni sociali tra autori e vittime infrante proprio a causa della commissione del crimine. In questo senso, la filosofia sottesa ai paradigmi della riparazione sembra lasciar trasparire una ispirazione di fondo di prevalente matrice 'comunitarista', nella misura in cui i valori e i legami comunitari finiscono con l'assumere un rilievo assorbente ai fini del modo stesso di concepire il senso dell'offesa criminosa³⁶. Ed è questa una ragione non secondaria che può indurre a prescegliere (in luogo del processo penale) procedure riconciliative allorché le situazioni gravemente lacerate da sanare si ambientano in contesti in cui, appunto, predominano culture lontane dall'individualismo liberale e inclini a privilegiare valori comunitari.

A volere approfondire il problema delle valenze politico-culturali della giustizia riparativa nella complessiva realtà contemporanea, ci si avvede tuttavia che il discorso non è così univoco come a prima vista potrebbe sembrare. Nel panorama attuale, inclusivo delle varie esperienze realizzate soprattutto nell'ambito degli ordinamenti nazionali (dagli Stati Uniti ai paesi europei), non mancano infatti prospettive di utilizzazione della giustizia riparativa e della mediazione penale che riflettono 'ispirazioni' politiche di segno diverso, se non proprio contraddittorie (comunitarista, neoliberista, tecnocratico-efficientista, neo-securitario ecc.): sicché si può dire che, oggi, quello delle possibili valenze politico-culturali delle prassi riparativo-mediative è un «discorso aperto»³⁷.

A questo punto, si tratta di tentare di chiarire meglio la portata e i limiti del rapporto di alternatività tra processo penale e modelli di intervento a carattere extrapenale. Si tratta di un rapporto comunque e sempre 'alternativo', e alternativo in modo radicale? In realtà, la questione è più complessa e cercheremo qui di seguito di spiegare perché.

Richiamando, innanzitutto, l'esperienza della Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione, a quanto abbiamo in precedenza rilevato va aggiunto che il suo concreto funzionamento in realtà è stato anche influenzato da forme di interazione con il sistema penale, e ciò in un duplice senso. Da un lato, la disponibilità di alcuni dei protagonisti delle vicende criminose a rendere confessioni individuali (autodenunce)

³⁶ M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, cit.

³⁷ C. VISCONTI, *Mediazione penale e giustizia minorile. Appunti critici a margine dell'esperienza palermitana*, cit., 40; nello senso, in precedenza, J. FAGET, *I "ragionevoli compromessi" della mediazione penale*, cit.

in uno spazio pubblico è stata verosimilmente condizionata dalla pressione esterna esercitata, sia pure implicitamente, dall'esistenza di un apparato di giustizia penale pronto in ogni caso a intervenire (in altre parole: se confesso dinnanzi alla commissione, evito il processo e la condanna!). Dall'altro lato, la situazione complessiva venutasi a creare è stata tale per cui l'esercizio dell'azione penale «non viene negato *a priori*, ma è solo rimandato; essa verrà residualmente esercitata nei confronti di coloro che non hanno risposto alla proposta 'redentiva'»³⁸. Se così è, nell'esperienza sudafricana la logica giudiziaria non è stata rinnegata del tutto, ma è rimasta sullo sfondo: a monte o a valle dell'approccio riconciliativo.

Questi ultimi riferimenti alla funzione di complementarità o sussidiarietà che la potenziale attivazione di un processo penale ha finito di fatto con l'assolvere rispetto al ricorso principale alla procedura riconciliativa, sollecitano considerazioni di ordine anche più generale su possibili modelli di collegamento tra giustizia penale e giustizia riparativa sullo specifico versante dei crimini internazionali.

Chi scrive sarebbe, per orientamento personale, incline a concepire e valorizzare i modelli extrapenali di elaborazione dei conflitti in una maniera il più possibile 'alternativa' alla giustizia penale; e ciò anche allo scopo di ridurre il rischio che la disponibilità a partecipare alle procedure di riconciliazione nasca soprattutto da calcoli di opportunismo utilitaristico, vale a dire dalla possibilità di utilizzare comode scorciatoie che consentano di sottrarsi al maggiore rigore di un parallelo processo penale e alla eventualità di una condanna a parecchi anni di prigione. Ma, al di là di tale rischio, porre le due prospettive (punitiva ed extrapunitiva) di intervento in rapporto di possibile complementarità nell'ambito del medesimo contesto situazionale – nel senso che l'una o l'altra via rappresenterebbero due diverse modalità ugualmente idonee a conseguire gli stessi obiettivi – sembrerebbe presupporre, implicitamente, l'idea di una sostanziale equivalenza funzionale tra l'approccio punitivo e l'approccio riparativo. Ma che sia davvero così resta in realtà ancora da dimostrare (ammesso che sia rigorosamente dimostrabile una volta per tutte!).

È anche vero, per altro verso, che non sarebbe facile rimanere fedeli alla diversità dei differenti modelli di intervento assunti in tutta la loro astratta purezza teorica allorché, sotto la cogente pressione di esigenze e fattori contingenti, occorre tradurli in meccanismi concretamente operativi. Non è infatti da escludere che in ragione delle caratteristiche dei contesti obiettivi di riferimento, con la diversità delle situazioni conflittuali da risolvere e il differente tipo e grado di difficoltà da affrontare, possa risultare necessario o opportuno l'eventuale ricorso a forme di collega-

³⁸ A. LOLLINI, *Costituzionalismo*, cit., 202.

mento tra giustizia punitiva e giustizia riparativa, tali per cui quest'ultima finisce col porsi rispetto alla prima in rapporto, più che di alternatività, di integrazione. Sicché, non sorprende troppo che, nella letteratura più recente rinvenibile a livello internazionale, siano andate emergendo interessanti proposte teoriche di raccordo (o integrazione) tra i due predetti modelli di giustizia concepite con specifico riferimento all'ambito dei crimini internazionali.

Rinviando per un'analisi approfondita e dettagliata in proposito a un recente lavoro monografico di Luigi Cornacchia³⁹, basti qui in estrema sintesi rilevare come le proposte in questione configurino fondamentalmente tre modelli di possibile rapporto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa:

- i) modello c.d. separato: la giustizia riparativa viene a sostituire del tutto la giustizia penale, per salvaguardarne l'integrale purezza come *aliud* rispetto alla giustizia penale.
- ii) modello c.d. biforcuto (o a sistemi paralleli): il processo penale manterrebbe in ogni caso la sua competenza per reprimere i crimini più gravi e accertare la responsabilità dei corrispondenti autori; mentre le pratiche di giustizia riparativa, da realizzare fuori dallo spazio processuale, sarebbero destinate ad autori secondari di reati meno gravi.
- iii) modello c.d. integrato (la cui legittima adozione presupporrebbe, in realtà, una riforma in senso integrativo delle norme dello Statuto di Roma): questo modello pretende di riportare le pratiche di giustizia riparativa all'interno dello stesso processo penale, attribuendo alla medesima Corte penale internazionale l'esercizio di attività a carattere riparatorio (in un quadro complessivo che dovrebbe, altresì, lasciare spazio anche ad una punizione in chiave retributiva, rapportata però ai reali interessi delle vittime)⁴⁰.

6. *Rilievi conclusivi*

La prospettazione teorica di modelli di raccordo come questi ora sintetizzati presuppone il convincimento che forme di coesistenza tra giustizia punitiva e giustizia riparativa siano non soltanto di fatto possibili, ma anche plausibili e opportune. Da questo punto di vista, si profilano prospettive di integrazione che finiscono con lo sfociare in forme di 'contaminazione' o 'meticciamiento' tra i rispettivi paradigmi della punizione e della riparazione. Ciò a mio avviso pone, inevitabilmente,

³⁹ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, cit., 231 ss. e ivi ampia bibliografia di prevalente matrice anglosassone.

⁴⁰ Anche il quadro sintetico delineato nel testo deve molto all'analisi ricostruttiva di L. CORNACCHIA.

un'esigenza teorica che non dovrebbe oggi essere elusa: l'esigenza di rivisitare in profondità la teoria della pena sotto l'angolazione di fondo – appunto – dell'idea riparativa. In che limiti si può in atto sostenere che la pena mantiene, anche sul piano simbolico, effetti riparativi? La prospettiva della riparazione è idonea, dal canto suo, a gettare nuova luce sul problema degli scopi della pena e, dunque, a contribuire a un rinnovamento del corrispondente dibattito teorico? Sarebbe, altresì, auspicabile che questa rivisitazione critica venisse effettuata con un approccio di tipo interdisciplinare, in modo da integrare la riflessione specialistica di noi penalisti con le conoscenze e le analisi ricavabili dagli altri ambiti delle scienze sociali.

Non è, forse, superfluo ricordare che la giustizia riparativo-riconciliativa, considerata in se stessa, è tutt'altro che un inedito storico. Essa è conosciuta sin dai tempi più risalenti, per cui si può dire che essa rappresenta sia una *costante antropologica* nel suo nucleo significativo essenziale, sia una *variabile culturale* per le differenze di volta in volta riscontrabili nelle sue forme concrete di manifestazione. A conferma di queste origini lontane, depone – tra l'altro – il fatto che la Scrittura vetero-testamentaria conosce, per il ristabilimento della giustizia, due diverse procedure nei confronti del colpevole: da un lato, il giudizio suscettibile di sfociare nell'inflizione di un castigo; dall'altro – appunto – un procedimento meno formalizzato a carattere riconciliativo, che tende a superare la situazione di conflitto interpersonale provocata dal crimine promuovendo il ripristino della relazione personale interrotta tra offensore e offeso⁴¹.

È consentito o è troppo azzardato ipotizzare che, sin dal passato più remoto, i due diversi paradigmi della punizione e della riparazione siano – a dispetto della loro alternatività – accomunati da una sorta di sostanziale equivalenza funzionale almeno rispetto ad alcuni degli obiettivi finalistici perseguibili? Come sappiamo, il moderno processo penale pretenderebbe di rappresentare uno strumento storicamente più evoluto rispetto a più informali prassi di risoluzione dei conflitti conosciute nel passato. Ma in che misura il processo penale odierno segna un incontestabile progresso, un punto di non ritorno sotto il profilo della razionalità e della civiltà giuridica, così come continuiamo a ritenere sotto la perdurante influenza dell'ideologia illuminista? In realtà, non poche conquiste della modernità hanno alla lunga esibito punti deboli, lati oscuri o ambigui, ombre che si accompagnano alle luci. Dal canto suo, il progetto culturale della modernità – in cui certamente rientra la concezione moderna della giustizia penale di ascendenza illuminista – avrebbe preteso di distinguersi, rispetto all'eredità del passato, anche per questo ambiziosissimo proposito: cioè – per riprendere concetti e parole di Zygmunt Bauman – la modernità avrebbe

⁴¹ G. BELLIA, *Diritto e giustizia nella Bibbia: uno sguardo d'insieme*, in AA.VV., *Etica, giustizia e diritto*, a cura di M. Di Tora, Caltanissetta-Roma, 2007, 40 s.

tentato la grande impresa di ricondurre alla ragione il caos del mondo, e ciò grazie a operazioni intellettuali tendenti a ordinare, classificare, calcolare, sottoporre a controllo, dissipare le zone d'ombra, identificare l'indistinto, bandire l'ambiguo. Ma se questa impresa era troppo ambiziosa per riuscire sino in fondo; se, come Bauman con lucidità ci avverte, è l'«ambivalenza», non l'unicità, la condizione umana in cui ci tocca vivere⁴², è forse questa persistente ambivalenza che può allora contribuire a spiegare quel che a prima vista sembrerebbe un curioso e indigeribile pasticcio: la possibilità che, nell'orizzonte complesso ma inclusivo della postmodernità, convivano e interagiscano giustizia punitiva e giustizia riparativa, universalismo e localismo culturale⁴³. È auspicabile che tali forme di ibridazione culturale vengano sperimentate sulla base di compromessi effettivamente ragionevoli e alla stregua di criteri di saggezza pratica davvero adeguati ai tempi non facili in cui viviamo.

⁴² Z. BAUMAN, *Modernità e ambivalenza*, trad. it., Torino, 2010.

⁴³ Cfr. anche M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 113 ss.

I RELATORI

ROBERTO BARTOLI, professore associato di diritto penale presso l'Università di Firenze.

GIOVANNI FIANDACA, professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Palermo.

FRANCESCO MACRÌ, dottore di ricerca in diritto penale presso l'Università di Firenze.

GRAZIA MANNOZZI, professore ordinario di diritto penale presso l'Università dell'Insubria.

FRANCESCO PALAZZO, professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Firenze.

STUDI E SAGGI
Titoli Pubblicati

ARCHITETTURA E STORIA DELL'ARTE

- Benelli E., *Archetipi e citazioni nel fashion design*
Benzi S., Bertuzzi L., *Il Palagio di Parte Guelfa a Firenze. Documenti, immagini e percorsi multimediali*
Biagini C. (a cura di), *L'Ospedale degli Infermi di Faenza. Studi per una lettura tipomorfologica dell'edilizia ospedaliera storica*
Fрати M., "De bonis lapidibus concis": la costruzione di Firenze ai tempi di Arnolfo di Cambio. *Strumenti, tecniche e maestranze nei cantieri fra XIII e XIV secolo*
Gregotti V., *Una lezione di architettura. Rappresentazione, globalizzazione, interdisciplinarietà*
Maggiora G., *Sulla retorica dell'architettura*
Mazza B., *Le Corbusier e la fotografia. La vérité blanche*
Messina M.G., *Paul Gauguin. Un esotismo controverso*
Tonelli M.C., *Industrial design: latitudine e longitudine*

CULTURAL STUDIES

- Candotti M.P., *Interprétations du discours métalinguistique. La fortune du sūtra A 1.1.68 chez Patañjali et Bhartṛhari*
Nesti A., *Per una mappa delle religioni mondiali*
Nesti A., *Qual è la religione degli italiani? Religioni civili, mondo cattolico, ateismo devoto, fede, laicità*
Rigopoulos A., *The Mahānubhāvs*
Squarcini F. (a cura di), *Boundaries, Dynamics and Construction of Traditions in South Asia*
Vanoli A., *Il mondo musulmano e i volti della guerra. Conflitti, politica e comunicazione nella storia dell'islam*

DIRITTO

- Allegretti U., *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*
Curreri S., *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*
Curreri S., *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*
Federico V., Fusaro C. (a cura di), *Constitutionalism and Democratic Transitions. Lessons from South Africa*
Fiorita N., *L'Islam spiegato ai miei studenti. Otto lezioni su Islam e diritto*
Fiorita N., *L'Islam spiegato ai miei studenti. Undici lezioni sul diritto islamico*
Palazzo F., Bartoli R. (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*
Sorace D. (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*
Trocker N., De Luca A. (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*

ECONOMIA

- Ciappei C. (a cura di), *La valorizzazione economica delle tipicità rurali tra localismo e globalizzazione*
Ciappei C., Citti P., Bacci N., Campatelli G., *La metodologia Sei Sigma nei servizi. Un'applicazione ai modelli di gestione finanziaria*
Ciappei C., Sani A., *Strategie di internazionalizzazione e grande distribuzione nel settore dell'abbigliamento. Focus sulla realtà fiorentina*
Garofalo G. (a cura di), *Capitalismo distrettuale, localismi d'impresa, globalizzazione*

- Laureti T., *L'efficienza rispetto alla frontiera delle possibilità produttive. Modelli teorici ed analisi empiriche*
- Lazzeretti L. (a cura di), *Art Cities, Cultural Districts and Museums. An Economic and Managerial Study of the Culture Sector in Florence*
- Lazzeretti L. (a cura di), *I sistemi museali in Toscana. Primi risultati di una ricerca sul campo*
- Lazzeretti L., Cinti T., *La valorizzazione economica del patrimonio artistico delle città d'arte. Il restauro artistico a Firenze*
- Lazzeretti L., *Nascita ed evoluzione del distretto orafa di Arezzo, 1947-2001. Primo studio in una prospettiva ecology based*
- Simoni C., *Approccio strategico alla produzione. Oltre la produzione snella*
- Simoni C., *Mastering the Dynamics of Apparel Innovation*

FILOSOFIA

- Baldi M., Desideri F. (a cura di), *Paul Celan. La poesia come frontiera filosofica*
- Barale A., *La malinconia dell'immagine. Rappresentazione e significato in Walter Benjamin e Aby Warburg*
- Berni S., Fadini U., *Linee di fuga. Nietzsche, Foucault, Deleuze*
- Brunkhorst H., *Habermas*
- Cambi F., *Pensiero e tempo. Ricerche sullo storicismo critico: figure, modelli, attualità*
- Cambi F., Mari G. (a cura di), *Giulio Preti: intellettuale disorganico e filosofo attuale*
- Desideri F., Matteucci G. (a cura di), *Dall'oggetto estetico all'oggetto artistico*
- Desideri F., Matteucci G. (a cura di), *Estetiche della percezione*
- Di Stasio M., *Alvin Plantinga: conoscenza religiosa e naturalizzazione epistemologica*
- Giovagnoli R., *Autonomy: a Matter of Content*
- Honneth A., *Capitalismo e riconoscimento*
- Solinas M., *Psiche: Platone e Freud. Desiderio, sogno, mania, eros*
- Valle G., *La vita individuale. L'estetica sociologica di Georg Simmel*

LETTERATURA, FILOLOGIA E LINGUISTICA

- Bresciani Califano M., *Piccole zone di simmetria. Scrittori del Novecento*
- Dei L. (a cura di), *Voci dal mondo per Primo Levi. In memoria, per la memoria*
- Franchini S., *Diventare grandi con il «Pioniere» (1950-1962). Politica, progetti di vita e identità di genere nella piccola posta di un giornalino di sinistra*
- Francovich Onesti N., *I nomi degli Ostrogoti*
- Frau O., Gragnani C., *Sottoboschi letterari. Sei case studies fra Otto e Novecento. Mara Antelling, Emma Boghen Conigliani, Evelyn, Anna Franchi, Jolanda, Flavia Steno*
- Gori B., *La grammatica dei clitici portoghesi. Aspetti sincronici e diacronici*
- Keidan A., Alfieri L. (a cura di), *Deissi, riferimento, metafora*
- Lopez Cruz H., *America Latina aportes lexicos al italiano contemporaneo*
- Pestelli C., *Carlo Antici e l'ideologia della Restaurazione in Italia*
- Totaro L., *Ragioni d'amore. Le donne nel Decameron*

POLITICA

- De Boni C., *Descrivere il futuro. Scienza e utopia in Francia nell'età del positivismo*
- De Boni C. (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. 1. L'Ottocento*
- De Boni C., *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte prima: da inizio secolo alla seconda guerra mondiale*
- De Boni C. (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte seconda: dal dopoguerra a oggi*
- Gramolati A., Mari G. (a cura di), *Bruno Trentin. Lavoro, libertà, conoscenza*
- Ricciuti R., Renda F., *Tra economia e politica: l'internazionalizzazione di Finmeccanica, Eni ed Enel*

- Spini D., Fontanella M. (a cura di), *Sognare la politica da Roosevelt a Obama. Il futuro dell'America nella comunicazione politica dei democrats*
Tonini A., Simoni M. (a cura di), *Realtà e memoria di una disfatta. Il Medio Oriente dopo la guerra dei Sei Giorni*
Zolo D., *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*

PSICOLOGIA

- Aprile L. (a cura di), *Psicologia dello sviluppo cognitivo-linguistico: tra teoria e intervento*
Barni C., Galli G., *La verifica di una psicoterapia cognitivo-costruttivista sui generis*
Luccio R., Salvadori E., Bachmann C., *La verifica della significatività dell'ipotesi nulla in psicologia*

SOCIOLOGIA

- Alacevich F., *Promuovere il dialogo sociale. Le conseguenze dell'Europa sulla regolazione del lavoro*
Becucci S., Garosi E., *Corpi globali. La prostituzione in Italia*
Bettin Lattes G., *Giovani Jeunes Jovenes. Rapporto di ricerca sulle nuove generazioni e la politica nell'Europa del sud*
Bettin Lattes G. (a cura di), *Per leggere la società*
Bettin Lattes G., Turi P. (a cura di), *La sociologia di Luciano Cavalli*
Burroni L., Piselli F., Ramella F., Trigilia C., *Città metropolitane e politiche urbane*
Catarsi E. (a cura di), *Autobiografie scolastiche e scelta universitaria*
Leonardi L. (a cura di), *Opening the European Box. Towards a New Sociology of Europe*
Nuvolati G., *Mobilità quotidiana e complessità urbana*
Ramella F., Trigilia C. (a cura di), *Reti sociali e innovazione. I sistemi locali dell'informatica*
Rondinone A., *Donne mancanti. Un'analisi geografica del disequilibrio di genere in India*

STORIA E SOCIOLOGIA DELLA SCIENZA

- Angotti F., Pelosi G., Soldani S. (a cura di), *Alle radici della moderna ingegneria. Competenze e opportunità nella Firenze dell'Ottocento*
Cabras P.L., Chiti S., Lippi D. (a cura di), *Joseph Guillaume Desmaysons Dupallans. La Francia alla ricerca del modello e l'Italia dei manicomi nel 1840*
Cartocci A., *La matematica degli Egizi. I papiri matematici del Medio Regno*
Guatelli F. (a cura di), *Scienza e opinione pubblica. Una relazione da ridefinire*
Massai V., *Angelo Gatti (1724-1798)*
Meurig T.J., *Michael Faraday. La storia romantica di un genio*

STUDI DI BIOETICA

- Baldini G., Soldano M. (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*
Baldini G., Soldano M. (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*
Bucelli A. (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*
Costa G., *Scelte procreative e responsabilità. Genetica, giustizia, obblighi verso le generazioni future*
Galletti M., Zullo S. (a cura di), *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*
Mannaioni P.F., Mannaioni G., Masini E. (a cura di), *Club drugs. Cosa sono e cosa fanno*

