

**RIGENERARE I LEGAMI:
LA MEDIAZIONE NELLE RELAZIONI
FAMILIARI E COMUNITARIE**

a cura di Eugenia Scabini e Giovanna Rossi

ESTRATTO

Claudia Mazzucato*

OLTRE LA BILANCIA E LA SPADA:
ALLA RICERCA DI UNA GIUSTIZIA DELLA 'RELIANCE'

Scenari giuridici per le pratiche
di mediazione dei conflitti

1. *La giustizia tradizionale e i problemi «difficili»: la domanda di un modello alternativo*

È fervido in Italia il dibattito sulla giustizia *alternativa*, sull'*Alternative Dispute Resolution* (ADR), vale a dire su metodi, modelli, procedimenti, istituti che sostituiscano o integrino il sistema giudiziario tradizionale nella presa in carico delle controversie.

Il dibattito porta con sé un rinnovato interesse per i problemi, non certo solo pratici, dell'amministrazione della giustizia in uno Stato democratico, un importante ri-aprirsi del confronto sulle secolari questioni legate alla trasgressione di una norma e alla commissione di un illecito (penale o civile). Insomma, il «movimento» per l'ADR ha fin d'ora il pregio di aver posto nuovamente di fronte a temi cruciali per la civile convivenza in vista della – pur faticosa e mai conclusa – ricerca di soluzioni *nuove* che sappiano rispondere alle domande sullo sfondo in modo adeguato e attento ai principi ideali della civiltà democratica.

Il mondo della giustizia¹, sul piano istituzionale, è infatti, purtroppo,

* Docente di Diritto penale, Legislazione minorile e Criminologia presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore (Milano e Piacenza). Mediatore penale nell'Ufficio di Mediazione di Milano del Comune di Milano/Ministero della Giustizia. Componente esperto della Commissione di Studio su *Mediazione penale e giustizia riparativa* del Ministero della Giustizia - Dipartimento Amministrazione Penitenziaria.

** Il termine è preso in prestito da Edgar Morin: «Il termine *reliance* è un neologismo di Morin modellato sui termini *alliance* e *religio*. L'etica della *reliance* implica un atteggiamento verso l'altro che privilegia tutto ciò che unisce, lega, non divide, comunica e accoglie». A. MARINI, Intervista a Edgar Morin, in E. MORIN, *Educare gli educatori. Una riforma del pensiero per la Democrazia cognitiva*, Edizioni Università Popolare, Roma 1999, p. 40, nota 15.

¹ Con il termine «giustizia» si fa riferimento, in questo lavoro, all'istituzione (all'amministrazione giuridico-giudiziarie delle controversie) e non al concetto filosofico, di per sé già denso di problemi e con una pluralità di contenuti; ciò vale anche quando – ai fini della riflessione – si mutano categorie filosofiche che, per la loro forza evocativa e simbolica,

solitamente caratterizzato da un'atavica chiusura alle domande «difficili»,² o meglio da un bisogno di mettere da parte gli «acceccanti» abissosi di significato al cui cospetto gli operatori (giudici, pubblici ministeri, personale dell'amministrazione e della polizia penitenziaria) già nel quotidiano si trovano di fronte. Ecco allora la tendenza a coprire – come la benda che vela gli occhi della Giustizia nell'iconografia tradizionale³ – tali abissi drammatici e a chiuderli entro rassicuranti «contenitori» tecnico-giuridici, istituzionali, burocratici. Il contatto diretto con l'*umano* di base – spesso tragico, violento, inquietante, irrazionale e dunque inspiegabile – è difficile da sostenere; l'amministrazione della giustizia ha bisogno quindi di proteggersi, di pararsi dietro lo scudo *oggettivante* del diritto, della procedura, della formalizzazione. Per sussumere un fatto sotto la norma che lo prevede (lo contiene, appunto) è necessario, un po' come si fa con i quadri impressionisti, allontanare lo sguardo dal magma caotico e incandescente del particolare, di *quella* vicenda umana complessa e irripetibile, e *tagliarlo*⁴ grossolanamente in pezzi mettendo in luce – con un'opera di interpretazione tutt'altro che *oggettiva* – proprio gli aspetti «ripetibili rilevanti»⁵ di quell'accadimento, di quella storia personale. Si segue dunque un indispensabile cammino di astrazione, generalizzazione e semplificazione che, per forza, perde per strada le dimensioni più immediatamente riferibili all'umano, all'imperfetto, al tragico.

Ci si imbatte qui in un singolare paradosso, magistralmente espresso

consentono di meglio sviluppare i temi oggetto della trattazione. Si rinvia per un'agevole, quanto ricca e profonda, ricognizione-riflessione sul concetto di giustizia alle pagine, sempre attuali, di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1981, pp. 213 ss.

² Si vedano sul punto le interessanti riflessioni di D. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Il Saggiatore, Milano 1999, p. 43.

³ Prendo spunto dalle considerazioni di L. LENZI, *La mediazione: una sacra umana rappresentazione* (in corso di pubblicazione). Sull'immagine simbolica della Giustizia, cfr. anche J.N. SHKLAR, *I volti dell'ingiustizia. Iniquità o cattiva sorte?*, Feltrinelli, Milano 2000, p. 21.

⁴ Si ricorda che l'etimologia del verbo decidere è precisamente legata al concetto di *tagliare*. Cfr. G. FORNÌ, *L'immancabile concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina, Milano 2000, p. 53.

⁵ È questa l'espressione coniata dalla miglior dottrina penalistica e invalsa nella prassi giurisprudenziale in tema, per esempio, di accertamento del nesso causale: cfr. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1990 (2ª ed.), in particolare il cap. IV, pp. 231 ss. Per gli ulteriori, interessanti, sviluppi della citata problematica giuridica – ben oltre ciò che interessa i fini di questo scritto – si veda, del medesimo autore, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano 2002 (2ª ed.).

fin dall'antichità nella mitologia e nella letteratura⁶: la giustizia – proprio perché e in quanto bendata – può terribilmente assomigliare alla più profonda ingiustizia con quel tagliente lavoro di spada che serve per separare – seguendo il modello tecnico e impersonale della norma – il lecito dall'illecito, il legittimo dall'illegittimo, il colpevole dall'innocente.

La stessa giustizia assume di frequente le forme della tragedia: oltre al margine ineliminabile di errore umano, come non ricordare – a tacer d'altri elementi che di seguito verranno ripresi – gli effetti distruttivi, sulle esistenze dei protagonisti, di molte decisioni giudiziarie «tecnicamente» impeccabili? I molti suicidi legati a processi e pene «formalmente» ineccepibili? E il senso di insoddisfazione che si accompagna quasi sempre allo spettacolo dei «vincitori e vinti» al termine di ogni «rito» giudiziario? La fatica esistenziale sovente espressa dai magistrati nelle loro biografie per il ruolo e il compito del giudicare e per il quotidiano contatto con le miserie e le sventure degli uomini?⁷

⁶ Si pensi al tema portante di quasi tutte le tragedie greche e, in particolare, a *Medea*, ad *Antigone* (ripresa anche nella modernità da Anouilh e da Brecht, su cui vedi SOFOCLE - J. ANOUILH - B. BRECHT, *Antigone. Variazioni sul mito*, a cura di M.G. CIANI, Marsilio, Padova 2000); si pensi al famoso *Processo* di F. Kafka o a *Delitto e castigo* di F. Dostoevskij, per citarne solo alcuni tra i più noti. Meno noti, ma altrettanto emblematici della cecità – anche involontaria – della giustizia: A. FRANCE, *Crainquebille*, Sellerio, Palermo 1992; A. GIDE, *Ricordi della Corte d'Assise*, Sellerio, Palermo 1994.

⁷ Cfr. i dati recenti riportati da S. SEGO, *Il pianeta delle ombre e il mal di carcere*, «Dignitas - Percorsi di carcere e di giustizia», 2002, 1, pp. 38 ss., il quale riferisce del «rilevante scarto tra il numero di quanti si suicidano in carcere (quasi 13 ogni diecimila detenuti nel 2001) e il numero di coloro che si tolgono la vita fuori dal carcere (meno dello 0,7 ogni diecimila residenti nel territorio italiano)». Nel 1999, secondo il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (citato da SEGO, *ibi*, p. 40), sono stati registrati, in carcere, 6.536 casi di condotte autolesionistiche, 920 tentati suicidi, e 53 suicidi accertati.

⁸ Cfr., per esempio, D. TROISI, *Diarario di un giudice*, Einaudi, Torino 1955, di cui riporto alcuni passi che mi paiono emblematici: «Il più arrivano a questo mestiere giovanissimi, vergini di ogni contatto con la vita e camminano convinti di esercitare una missione: la legge non avrà mai un temperamento per pietà, perché superata dall'evoluzione, per amore della verità umana più che delle formule. Quel che vedono o sentono a causa della funzione, filtrato dagli articoli del codice, è guadagno tecnico e non dell'anima» (p. 126); «I giudici vivono in una sorta di prigione che l'abitudine rende meno angustiosa, ma più sorda e opaca, via via che la perplessità e le angosce del noviziato si dileguano» (p. 37); «Ho otto anni di mestiere: in media due udienze penali alla settimana, almeno cinque processi per udienza, son quaranta processi al mese, in otto anni sono tremilaottocentoquaranta e se calcolo due imputati per processo sono circa ottomila persone. Rinuncio a calcolare quanti anni di carcere ho dati o contribuito a dare» (p. 55); «Si dovrebbe imporre ai giudici di osservare nell'aula di udienza quanto accade mentre gli altri giudici sono in camera di consiglio. Almeno una volta al mese, mescolarsi tra la folla dietro la transema, guardare gli imputati, i testimoni, gli avvocati; soprattutto guardare gli imputati quando suona il campanello che annuncia il ritorno nel

I limiti della giustizia «giudiziaria» nell'affrontare la ripresa della vita dopo le guerre, il genocidio, i crimini contro l'umanità?

Riprendendo la nostra metafora pittorica, possiamo aggiungere che la giustizia, nella sua quotidiana amministrazione, appare «congrua» solo a uno sguardo da lontano, mentre avvicinandovisi appaiono – del sistema – gli ingranaggi caotici, e spesso poco oliati, le molte imperfezioni – a tratti le gravi inadempienze –, le frequenti irrazionalità, i tragici meccanismi che sotto il peso delle contingenze, delle forme, dei termini, dei linguaggi «esoterici», della scarsità di risorse patono schiacciare tutti gli esseri umani coinvolti (operatori compresi)¹⁰.

Sembra profilarsi un grave problema di fondo, e cioè che la giustizia nelle nostre fragili mani – così come finora intesa e organizzata – possa al più aspirare a essere meglio gestita sul piano tecnico, ma non riesca facilmente a essere – oltre che formalmente giusta – sostanzialmente buona.

Anzi, ci si guarda bene dal cercare uno sposalizio tra *iustum*, *bonum*, e *verum*.

Compito della giustizia, dei processi e delle leggi è stato perlopiù (nei principi ispiratori ben lontani, fra l'altro, dalla realtà) la regolazione dell'ordine sociale attraverso l'idea di equilibrata suddivisione, di ragionevole demarcazione degli interessi in gioco, di congrua attribuzione di ciò che «spetta», di certa e inesorabile applicazione delle sanzioni: il compito della giustizia è stato, cioè, unito alla dimensione simbolica della *bilancia*¹¹, legata – appunto – a quella della spada.

collegio per la lettura del dispositivo della sentenza. Non dimenticheranno gli occhi sul crocifisso o sul difensore che pare che possa aiutarli, la mano sulla spalla della madre o della sposa, l'espressione di fiducia, di rimorso, la silenziosa promessa di ravvedimento» (p. 57); «Quando di lì a poco ci ritiriamo in camera di consiglio, non ricordo niente dei loro volti, solo quel picchiare delle teste contro il muro o nel vuoto davanti... La condanna è pacifica... Non ci sono prove dei soprusi della polizia. Può anche essere vero, ma «dagi atti» non risultano con quell'evidenza necessaria per convincerci» (p. 67).

¹⁰ Si ricordano le *Truth and Reconciliation Commissions* del Sudafrica, a fronte delle incapacità del sistema tradizionale dell'amministrazione giudiziaria a gestire i problemi del *post-apartheid*, nella testimonianza di uno degli ideatori di tale modello: D. TUTTU, *Non c'è futuro senza perdono*, Feltrinelli, Milano 2001.

¹¹ Precisa infatti GIDE, *Ricordi della Corte d'Assise*, pp. 9-10: «Tuttavia, anche per temperare le critiche che traspiano dai miei resoconti, dichiaro subito che durante le sedute in tribunale sono stato soprattutto colpito dalla coscienza con la quale sia giudici che avvocati e giurati, adempivano tutti alla loro funzione».

¹² Sul tema della concezione retributiva e della visione compensatoria della sanzione penale si ritornerà nelle pagine che seguono per una critica radicale dei relativi fondamenti. Si rinvia fin d'ora, comunque, alle riflessioni critiche di L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzio-*

È rimasto pressoché estraneo alla stessa riflessione in tema di giustizia il compito di *avvicinarsi* ai problemi e alle sofferenze (non ultimo il senso di ingiustizia) degli uomini cercando di alleviarle, il compito di conoscere e capire, oltre ai *fatti* (spersonalizzati o spersonalizzabili), gli *autori in carne e ossa* dei medesimi, il compito di oltrepassare le divisioni realizzando un intervento ricostitutivo dei «legami» (interpersonali o sociali). È difficilmente negabile che la giustizia sia stata concepita soprattutto come la virtù della retta divisione-separazione, non come la «forma della ri-unione di ciò che era separato»¹².

Il *confine* tra lo spazio della giustizia e lo spazio della bontà pare essere rappresentato – nel sentire collettivo – dal *perdono*¹³ che diventa persino quasi un'antitesi della giustizia, pur all'estremo opposto dell'ingiustizia. Il *perdono* non è vissuto come un atto *giusto* in senso stretto; è – se vogliamo – qualcosa di più, qualcosa di meglio, ma è collocato *altrove* rispetto alla giustizia, nello spazio – eroico – della *bontà* o dell'*amore*¹⁴. Il perdono, nell'immaginario comune, è per pochi coraggiosi, per soggetti dall'animo particolarmente nobile; il perdono attiene alla morale, non al diritto; il perdono non ha, quindi, mai avuto

ne, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», Giuffrè, Milano 1983, pp. 916 ss., 1315 ss. (anche in G. MARINUCCI - E. DOLCINI, a cura di, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, pp. 93 ss.); *Cristianesimo e retribuzione penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, pp. 275 ss.; *La pena «in crisi»*, *Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia 1990, in particolare capp. I, III, VI.

¹² L'espressione, forte e densa di significato, è di P. TILLICH, *Amore, potere e giustizia*, Vita e Pensiero, Milano 1994, p. 66, ed è richiamata da L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», pp. 813 ss. (anche in L. PICOTTI, a cura di, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova 1998, p. 63, nota 7).

¹³ Sul tema del perdono, cfr. E. SCABINI - G. ROSSI, *Dono e perdono nelle relazioni familiari e sociali*, «Studi interdisciplinari sulla famiglia», 18, Vita e Pensiero, Milano 2000.

¹⁴ Si paragonino le due «regole» evangeliche: la regola d'oro («non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te»), espressione della giustizia in quanto norma di equivalenza, e la regola che impone di amare i propri nemici, espressione di quel «di più» che è l'amore. Cfr. P. RICOEUR, *Amore e giustizia*, Morcelliana, Brescia 2000, p. 40. Per una critica a simile impostazione, che può appiattare la giustizia e soffocare preziosi slanci di riforma nel senso di una maggior mitezza e umanizzazione dell'ordinamento giuridico, cfr. L. EUSEBI, *Le istanze del pensiero cristiano e il dibattito sulla riforma del sistema penale nello stato laico*, in A. ACERBI - L. EUSEBI (a cura di), *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, Vita e Pensiero, Milano 1998, p. 226 e ibi, nota 54. Sul rapporto tra amore, giustizia e pacificazione, in una prospettiva di riflessione giuridica, si consenta il rinvio a C. MAZZUCATO, *L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, in L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Logos dell'essere, Logos della norma*, Adriatica, Bari 1999, pp. 1246 ss., nonché a C. MAZZUCATO, *Politica criminale, democrazia, educazione. La prevenzione dei reati minori* (in corso di pubblicazione).

piena cittadinanza formale nei codici e nelle leggi, tanto da non produrre – di solito – alcun effetto giuridico (al più viene riconosciuta la clemenza). Si rivela qui la tradizionale (e, a nostro avviso, riduttiva) idea della «legge» come imposizione: il perdono, in simile ottica, non può essere giuridicamente previsto in quanto atto per sua natura *spon-taneo* e non *coercibile*, che si contrappone, dunque, alla dimensione costruttiva tipica dell'*imperativo* giuridico.

Fra l'altro pare che il bisogno del perdono – ove osservato con lo sguardo parziale del giurista (tralasciando, pertanto, gli aspetti forse più profondi della complessa questione) – nasca proprio dalla configurazione della giustizia, e della giustizia penale in particolare, come forma di *vendetta* ritenuta giusta: potremmo spingerci ad affermare che chi perdona evita – per quel che lo riguarda – l'esercizio del male contro il male; chi perdona chiede all'istituzione che non venga fatta la giustizia vendicativa nel suo nome: *not in my name!* Chi perdona consente di oltrepassare la colpa facendo venir meno la «necessità» retributiva, altrimenti inesorabile, della pena. Tra perdonante e perdonato restano inutilizzati gli strumenti tradizionali della giustizia: la spada vendicativa (almeno della vittima) viene fermata prima che ricada sul reo; la bilancia perde i due pesi perché l'amore-bontà solleva dal piatto colpa e pena. Ciò viene comunemente accettato, anche se ritenuto a rigore non *giusto* (nel senso retributivo e contestabile del termine), perché si riconosce all'amore-bontà un valore più grande.

Occorre forse ricordare, infatti, che nello specifico ambito penale – percepito socialmente come paradigmatico della giustizia *tout court* –, la bilancia e la spada hanno assunto marcatamente e ostinatamente le sembianze della ritorsione vendicativa attraverso le ben note teorie *assolute* della pena, secondo le quali – nelle parole di uno dei più conosciuti sostenitori – la pena «è retribuzione, in quanto essa è lesione della lesione, ... è innanzitutto vendetta»¹⁵.

Lungo questa direttrice le modalità tipiche, ancora oggi vivissime, di rispondere alla commissione di un reato hanno avuto a che fare con l'inflazione deliberata di sofferenza come presunta compensazione sati-

¹⁵ G.W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 230-231. Per una critica del pensiero hegeliano e kantiano in materia di pena, si vedano, in particolare, i saggi raccolti nell'opera appena citata, soprattutto KLUG, *Il commiato da Kant e da Hegel*, pp. 3 ss., e gli scritti già citati di EUSEBI, in particolare, e da ultimo, *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, pp. 61-74.

sfattoria del male commesso. La giustizia penale – paradigma di *ogni* giustizia che protegge combattendo il male (*ogni* male, non solo il male penalmente rilevante)¹⁶ – si è iscritta nella logica della «legge del taglione», o – più modernamente – dell'*agire-subire*: dopo il reato la pena, tendenzialmente costruita come patimento umiliante, degradante. Questa filosofia si è poi arricchita di nuovi apporti, grazie alle teorie *relative*, centrate sull'idea di prevenzione. Tali teorie, sorte per scongiurare la brutalità arcaica dei modelli retribuzionistici¹⁷, hanno finito con l'integrarli, corredando di nuovi attrezzi – ma soprattutto di nuovi fini – gli arsenali sanzionatori: la pena è rimasta così, di fatto, «lesione della lesione», «vendetta», ma ha assunto altresì – in modo tanto simbolico quanto drammaticamente inefficace – il compito di prevenire, di tutelare la società, finanche di rieducare e, da ultimo, di garantire sicurezza e dare assistenza alle vittime.

È rimasta estranea alla natura della giustizia l'aspirazione a essere *buona*.

Ci si è presto avveduti anche dell'estraneità ai suoi fini della ricerca della verità. I processi giudiziari, strutturati – come vedremo fra poco – secondo un criterio di contrapposizione (principio del contraddittorio), non aspirano infatti a ri-costruire la verità, si accontentano di lasciare che il gioco delle parti avversarie sia in grado di abbozzare agli occhi del giudice una verità in tono minore, la cosiddetta verità processuale (che verrà congelata nell'immodificabilità del *giudicato*).

Si osservi poi che laddove è stata compiuta un'azione illecita, la verità fattuale, unita alla responsabilità, diventa – attraverso la pena – sinonimo di coercizione e di sofferenza: l'autore di simile azione farà, pertanto, di tutto per sottrarsi sia alla prima che alla seconda e facil-

¹⁶ Si rifletta sulle palesi, accentuate connotazioni retribuzionistiche dei modelli di recente intervento, anche bellico, contro chi – appartenente a organizzazioni terroristiche internazionali – rientra in quello che è stato significativamente definito «asse del male». Si rifletta anche sulla pericolosa simmetria, sulle assonanze simboliche e linguistiche tra i due schieramenti culturali, quello cosiddetto occidentale e quello islamico, tra l'«asse del male» dell'uno e l'«impero del male» degli altri. Per i riflessi culturali (e pratici) della visione retributiva negli ambiti più vari si veda l'intenso saggio di L. EUSEBI, *Quale giustizia per la pace?*, «Dignitas - Percorsi di carcere e di giustizia», 2002, 1, pp. 6 ss.

¹⁷ Si ricorda, per esempio, l'accusa *querelle* tra Beccaria – fautore di pene, miti, umane e orientate a uno scopo preventivo – e Kant – accanito e «categorico» sostenitore della retribuzione (quest'ultimo si spinge a tacciare Beccaria di «affettato sentimentalismo umanitario»: I. KANT, *La metafisica dei costumi*, estratto in EUSEBI, a cura di, *Il commiato da Kant e da Hegel*, p. 221).

mente, umanamente, tenterà di negare, nascondere o tacere la verità, allontanare o mascherare la responsabilità. I fondamentali principi del cosiddetto *giusto processo* – *in primis* il principio *nemo tenetur se detegere*¹⁸ – sono una sorta di riconoscimento istituzionale della disumanità del meccanismo processuale. Simile nascondimento del «vero», simile fuga dal «rispondere» contengono una potenzialità ulteriore di rottura del patto sociale, colpiscono drammaticamente la vittima, spinta poi a reclamare *più* responsabilità, *più* sofferenza, *più* pena.

È dentro le domande e i problemi cui brevemente e senza pretesa alcuna di esaustività si è fatto cenno che va ricercato il *perché* e il *come* dell'emergere della richiesta di una giustizia *diversa*, *più umana* – nel duplice senso del termine: *più* conforme all'essere dell'uomo, *più* mite e costruttiva.

2. La mappa dei metodi di risoluzione delle controversie riconosciuti dall'ordinamento giuridico

Nel quadro sopra tratteggiato vanno collocati dunque – a parere di chi scrive – la riflessione su e l'inquadramento sistematico dei modelli *alternativi* di risoluzione delle controversie¹⁹. La domanda di forme *nuove* e *diverse* dal processo giurisdizionale, emersa – nella civiltà occidentale, segnatamente nel mondo anglosassone – attorno agli anni '70, ha preso avvio dall'*insoddisfazione* dei cittadini per l'amministrazione della giustizia²⁰, insoddisfazione presumibilmente non scissa dagli aspetti che sopra si è cercato di descrivere, attinenti a dimensioni profonde, simboliche, primordiali. È infatti riduttivo ricondurre tale domanda solo a problemi di efficienza, costi e deflazione del carico giudiziario. Da una parte, da decenni il sistema giurisdizionale – in Italia e altrove

¹⁸ In virtù di questo fondamentale principio, l'imputato – a differenza della vittima e più in generale del testimone – non ha alcun obbligo di verità.

¹⁹ Per un arricchimento di simile quadro, oltre i limiti e i fini del presente lavoro, si rinvia alle riflessioni di A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III: *Criminologia*, Giuffrè, Milano 2000; dello stesso autore, si vedano anche *Vita offesa, lotta per il riconoscimento e mediazione*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Guerini e Associati, Milano 2001, pp. 55 ss.; e la prima parte di *Progetto per un Ufficio di Mediazione penale presso il Tribunale per i Minorenni di Milano*, in G.V. PISAPIA - D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Cedam, Padova 1997, pp. 85 ss.

²⁰ Cfr. R. MATTHEWS, *Informal Justice?*, Sage Publications, London 1988, pp. 2 ss.

– registra senz'altro una profonda *crisi* di efficienza, di efficacia, di legittimazione: la lunghezza dei procedimenti, i costi elevati, la paralisi di alcuni uffici, l'inaccessibilità al cittadino comune, profano – all'*uomo della strada* –, dei luoghi, dei linguaggi, dei riti e delle risorse del sistema, hanno da tempo prodotto spinte verso la *semplificazione*, la *de-formalizzazione*²¹, la *de-legalizzazione*²².

Pare però che gli anzidetti problemi *gestionali* siano stati piuttosto la porta di ingresso, in chiave istituzionale, per le domande difficili cui il sistema non ama rispondere. Ha così fatto capolino dapprima la questione del *community empowerment* legata al bisogno di una giustizia *più* vicina al corpo sociale – non estranea, fredda e lontana –, al bisogno di una gestione «dal basso» della risoluzione delle controversie in vista di una maggior responsabilità collettiva nel superamento delle dimensioni conflittuali; il dibattito internazionale (oggi in Italia ancora all'inizio) si è poi arricchito di spinte verso un mutamento di paradigma, verso un modo *diverso* di concepire la risposta – in chiave democratica – alle domande di giustizia.

Dentro il fermento di questi anni – fermento in Italia più culturale-scientifico che giuridico – ha trovato spazio comunque, anche nel nostro ordinamento, qualche sporadica riforma nelle direzioni citate: si ricordano, per esempio, le disposizioni sul giudice di pace cui sono state attribuite prima competenze civili, poi penali; la riforma delle Camere di Commercio e la previsione di procedimenti arbitrali e conciliativi per la risoluzione delle controversie civili minori; la più marcata attenzione da parte della magistratura nell'avvalersi davvero delle norme che prevedono – anzi impongono – il tentativo di conciliazione nei procedimenti civili, di famiglia, di lavoro, tributari ecc.; la previsione di codici di autoregolamentazione per prevenire le controversie; la predisposizione di clause arbitrali nei contratti per facilitare una rapida definizione delle eventuali vertenze.

Si è poi aperta la strada, per ora quasi esclusivamente nella prassi

²¹ Si intendono le richieste di una minore professionalizzazione delle cariche giudiziarie in virtù della previsione di magistrature onorarie e di un maggior decentramento degli uffici: entrambe le richieste danno vita a una (parziale) riappropriazione comunitaria della gestione dei conflitti: cfr. ancora MATTHEWS, *Informal Justice?*, pp. 5-6, 20, 30, 54, 147 ss.; si veda anche T.F. MARSHALL, *Alternatives to Criminal Courts?*, Gower, Aldershot 1985, pp. 45 ss., 55 ss.

²² Vale a dire una riduzione dell'intervento capillare, ultra-tecnico e specifico del diritto tipico delle società industrializzate.

essendo ancora pressoché assente una formalizzazione giuridica, alla mediazione in ambito familiare, sociale, penale, scolastico, linguistico-culturale con riflessi concreti anche sulle procedure giudiziarie.

Si profila in modo embrionale, nel nostro Paese, ciò che è avvenuto altrove nei confronti della cultura dell'ADR: l'avvicinarsi di fasi di ottimismo, pessimismo e realismo²³, l'avvicinarsi cioè di momenti caratterizzati dallo slancio pionieristico, da forte confidenza e fiducia nelle capacità dei nuovi modelli cui si accompagna un'esplosione di iniziative e progetti, a momenti caratterizzati da sospetto e critica, a momenti in cui – senza trionfalismi – si scorgono i pregi e i difetti, le aspirazioni e le manchevolezze dei nuovi paradigmi e si tenta di mettere a regime programmi collaudati, seri, uniformi, ben organizzati.

In particolare, la situazione italiana pare essere al crocevia tra gli entusiasmi (e gli «allori») degli inizi, il primo atteggiarsi delle critiche, anche aspre, il primo scorgere alcuni fallimenti, e l'avvio di esperienze «temperate» e consolidate da buone prassi sottoposte a rigorosi vaglio scientifico, verifica e monitoraggio²⁴.

Dottrina, giurisprudenza, avvocatura si stanno «accorgendo» della

²³ Tali fasi, per l'esperienza anglosassone, sono riconducibili rispettivamente agli anni '70 (ottimismo), agli anni '80 (pessimismo), e agli anni '90 fino a oggi (realismo). Le alterne fortune dell'ADR sono spesso state collegate, in quell'area geografico-culturale, al dibattito attorno al concetto di *comunità*, con il conseguente dischiudersi della scelta «di campo» tra la complementarità e l'alternatività dei metodi informali rispetto alla giurisdizione. Le maggiori critiche, negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, hanno avuto a che fare, appunto, da un lato con l'idea di comunità, indicata come uno dei più abusati e indeterminati concetti della sociologia, pericolosamente asservito – sostenevano i critici – a orientamenti di tipo ideologico volti a realizzare una maggior penetrazione del controllo sociale. Dall'altro la stessa visione di logiche consensuali si riteneva in contrasto con la società moderna – fortemente individualistica e al contempo improntata a logiche plurali – poco disposta a lasciare spazio all'idealistico modello consensuale «dal basso», imprregnato di consuetudini e tradizioni popolari, ispirato a forme di risoluzione dei conflitti tipiche di società primitive completamente superate. Si lamentava poi che le sperimentazioni avviate negli anni '70 avevano spesso disatteso le aspettative di riduzione del carico giudiziario e personalizzazione della giustizia, producendo addirittura – nell'opinione di chi avversava simili modelli – un insidioso *net-widening* del controllo e un accrescimento della litigiosità minore (che, grazie all'accessibilità dei servizi di risoluzione delle controversie, trovava cittadinanza in istituzioni dedicate invece che essere risolta in modi del tutto privatistici). Si è parlato, al riguardo, del «paradosso della giustizia informale» la quale «succeeded in formalizing the informal»: MATTHEWS, *Informal Justice?*, p. 10.

²⁴ Per un dibattito «tutto italiano» sul punto, cfr. *Voci di Marco Bouchard, Franco Chiarello, Marina Marino, Giancristoforo Turri*, Forum, «Mediars - Semestrale sulla mediazione», 2003, 1, pp. 127 ss.

rilevanza *pratica* della conciliazione, delle procedure arbitrali, della composizione stragiudiziale delle controversie, della mediazione e dei programmi di giustizia riparativa in ambito penale: si leggono le esperienze alla luce delle categorie dogmatiche, delle norme e dei principi dell'ordinamento vigente; si temono l'informalità e l'atecnicismo di tali esperienze; si reclama il rispetto delle fondamentali garanzie anche in tali contesti; si esprimono – finalmente – le domande sulle questioni secolari e difficili sopra richiamate. La cultura giuridica tradizionale è così divisa tra chiusure sospettose, aperture attente e ponderate, fughe in avanti anche troppo «operative»: si incominciano a intravedere i primi «meticciati di logiche», seppure non sempre «ben temperati»²⁵.

Il rischio che si corre in questa fase – a nostro avviso – è in sostanza duplice.

Da una parte, la minaccia è rappresentata da un'ingestibile e incontrollata diffusione di programmi e modelli²⁶ con il pericolo di dar vita a pratiche superficiali, approssimative, disomogenee, non verificate, il pericolo, cioè, di quella che – molto opportunamente e con espressione a effetto – è stata definita una *mcdonaldisation*²⁷ della giustizia alternativa. La superficialità e l'approssimazione dipendono anche dal facimento nella pura *tecnologia* della risoluzione del conflitto per la quale basterebbe una mera gestione *strategica* della controversia, applicando in modo piuttosto rigido e preconstituito alcuni modelli a fronte di certe situazioni. A ciò si aggiunge l'improvvisazione di molti operatori nella falsa convinzione che – trattandosi di una giustizia informale, spesso percepita anche di second'ordine e rivolta alle liti minori – non sia richiesta alcuna specifica competenza o basti l'infarinatura di qualche *tecnica* (magari trasmessa in un corso di poche ore) per essere pronti a incontrare le persone coinvolte in un conflitto.

Non si dimentichi, infine, la frequente sovrapposizione scorretta tra le

²⁵ L'espressione è di J. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, ERES Trajets, Paris 1997, p. 176, ed è ripresa, rielaborata e commentata da CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, pp. 758 ss.

²⁶ Emblematico, al riguardo, è l'elenco, quasi caotico e irrazionale, di ambiti, servizi e tipologie di ADR e mediazione offerto da L. LUNSON, *Il lavoro sociologico nel campo della mediazione: approccio, tecniche e strumenti*, in L. LUNSON - S. LIACI (a cura di), *Mediazione sociale e sociologia. Riferimenti teorici ed esperienze*, Franco Angeli, Milano 2000, pp. 96 ss., dove si riferisce di circa una cinquantina di «aree della mediazione» (relative peraltro all'esperienza statunitense) e «ventisei tipi di servizi professionali aggiuntivi» (dalla consulenza legale al non meglio identificato «med-arb» – mediazione/arbitrato): il tutto pare espresso nel proprio del *paradosso* della giustizia alternativa stigmatizzato da Matthews.

²⁷ Cfr. M.S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, Jossey-Bass, San Francisco 2001, p. 292.

logiche del componimento consensuale delle liti e le modalità di intervento appartenenti a professioni determinate (ecco allora il mediatore-psicologo, il mediatore-avvocato, il mediatore-assistente sociale ecc.)²⁸.

D'altra parte, un rischio che insidia più da vicino il mondo della giustizia formale è costituito dall'applicazione dei *nuovi* strumenti con una mentalità *antica*²⁹, il pericolo cioè che l'istituzione – richiudendosi di fronte alle domande – non sappia *trasformarsi* grazie all'apporto costruttivo dei modelli alternativi. Simile pericolo è particolarmente presente nell'ambito penale – come si vedrà – dove il sistema può trovare il modo, ancora una volta, di restare sostanzialmente immutato, ma arricchito di un nuovo bagaglio da usare in chiave repressiva.

Gli schermi protettivi da mettere in campo a fronte di simili avver-

²⁸ Si intende stigmatizzare il mescolarsi approssimativo e impreciso di compiti, ruoli e attività aventi ciascuno fini, setting, tempi diversi. Si precisa, inoltre, che, anche in linea con le indicazioni internazionali, non esistono professionalità le quali – più o meglio di altre – possono qualificare la figura del mediatore (ciò vale, fatti salvi i limiti intrinseci di interventi puramente negoziali, anche per il conciliatore). La giustizia di prossimità è aperta, per definizione, ad accogliere le risorse umane e culturali presenti nella società: «i mediatori dovrebbero essere reperiti in tutte le aree sociali e dovrebbero possedere generalmente una buona conoscenza delle culture locali e comunitarie» (CONSIGLIO D'EUROPA, *Médiation en matière pénale. Recommandation n. R. (99)19 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe*, Strasbourg 1999, art. 22). Tutti quindi possono *imparare* e diventare mediatori. Ciò che conta – secondo la raccomandazione europea – è l'ideonea preparazione, l'adeguata e continua formazione, il necessario tirocinio. Insomma, l'incontro con il conflitto e i suoi protagonisti richiede «un alto livello di competenza» (art. 20, Raccomandazione (99)19). Laddove poi gli operatori sono chiamati a intervenire in settori *contigui* a quelli giuridici (penale, familiare), è altresì necessario che acquisiscano le necessarie conoscenze del sistema sanzionatorio, processuale, di diritto di famiglia ecc. Su questi temi si rinvia ad A. CERETTI - C. MAZZUCATO, *Giustizia riparativa e mediazione tra Consiglio d'Europa e ONU*, «Diritto penale e processo», 2001, 6, pp. 772 ss.; e più diffusamente a 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 (a cura di), *Verso una giustizia penale «conciliativa»: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 100-104. Si osservi che la preparazione è tanto più importante in un frangente storico-culturale in cui le persone hanno quasi del tutto perso le loro risorse istintive, primordiali: in un mondo *plasticificato*, innaturale, poco genuino, la formazione mira anche a svelare e riscoprire capacità innate nell'essere umano che lo stordimento frenetico della vita della postmodernità ha contribuito a nascondere, raggelare, accecare (sul punto cfr. J. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, ERES Trajets, Paris 1998, anche in trad. it. *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, Milano 2000, pp. 53-63, dove si parla dell'«era della banalizzazione», e pp. 114 ss., in cui si richiamano i «nuovi dei» della modernità).

²⁹ Quest'aspetto è stato approfondito in C. MAZZUCATO, *Scenari giuridici per le pratiche di mediazione e giustizia riparativa in ambito penale nell'ordinamento vigente*, «Dignitas - Percorsi di carcere e di giustizia», 2003, 2, pp. 61 ss.

timenti consistono soprattutto nella *fedeltà* allo *spirito*³⁰ che permea *ratio*, ideali, scopi, modelli e interventi di giustizia alternativa: ecco infatti che, in ambito transazionale, pare consolidarsi un modello «umanistico», «dialogico»³¹, attento non alla mera rimozione esteriore della lite o al soddisfacimento degli interessi materiali delle parti, ma al tentativo di ricostruzione di una pace interpersonale e collettiva; ecco, ancora, alcune autorevoli fonti internazionali raccomandare il pieno rispetto dei principi di volontarietà, consensualità, gratuità dei programmi, nonché uniformità di pratiche, verifiche e monitoraggi³².

Tenendo sullo sfondo le considerazioni che precedono, per meglio comprendere le specificità delle diverse forme di giustizia alternativa, conviene analizzare brevemente la tipologia dei metodi «giuridici», istituzionali, di risoluzione delle controversie alla luce dell'obiettivo di un (minimo) ristabilimento della pace (verranno tralasciate fin d'ora le modalità di risoluzione solo *apparenti*, quali l'unilaterale interruzione dei rapporti con la controparte, la rinuncia all'esercizio di un diritto ecc.)³³.

³⁰ Cfr. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*.

³¹ Esistono infatti vari modelli «teorici»: modelli orientati alla negoziazione e alla risoluzione transattiva della controversia o modelli «umanistici» centrati sul percorso di riconoscimento personale profondo tra le parti separate dal conflitto. Si rinvia alle pagine e alle note bibliografiche successive per un miglior inquadramento della questione. Si veda comunque fin d'ora per una sintetica esposizione di modelli mediatori: LUISSON, *Il lavoro sociologico nel campo della mediazione*, pp. 93 ss. Per il modello «umanistico» si veda: UBRETT, *The Handbook of Victim Offender Mediation, passim*; dello stesso autore anche *Mediating Interpersonal Conflicts. A Pathway to Peace*, CPI Publishing, West Concord (MN, USA) 1995, pp. 20 ss. È marcatamente «umanistico» anche il modello proposto da MORINEAU, *L'esprit de la médiation, passim*. Simile, quanto ai fini, è altresì la *transformative mediation* descritta da R.A. BARUCH BUSH - J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation. Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, Jossey-Bass, San Francisco 1994.

³² Sul punto, per alcune agevoli considerazioni in ambito penale (esportabili anche in altri settori), cfr. CERETTI - MAZZUCATO, *Giustizia riparativa e mediazione tra Consiglio d'Europa e ONU*, p. 774; più diffusamente MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, pp. 104-108.

³³ Si consenta, per l'approfondimento delle tipologie dei metodi di risoluzione dei conflitti – a livello dei soggetti e dei contenuti –, il rinvio a MAZZUCATO, *L'universale necessario della pacificazione*, pp. 1266 ss. Si veda anche, per meglio cogliere i significati sottesi a ciascun metodo, il saggio di E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, pp. 21 ss., precedentemente pubblicato in «Politica del diritto», 1999, 30, pp. 4 ss.

2.1. Dei metodi giudiziali-contenziosi (processo e arbitrato), o della giustizia distributiva e retributiva³⁴

Il diritto e il processo giurisdizionale nascono come mezzi di gestione della conflittualità e del disordine, segnando un passo di civiltà e garanzia rispetto alla vendetta *privata* e alla giustizia sommaria. Tali strumenti sono connotati da precise caratteristiche che si cercherà di mettere in luce, *generalizzandole* e *radicalizzandole* volutamente per individuare alcune variabili utili alla definizione – per differenza – degli *altri* metodi di composizione dei conflitti³⁵.

Si è già discusso in apertura della forma *dominante* della giustizia nel campo giuridico-giudiziario: si tratta della giustizia distributiva (in ambito civile) e retributiva (in ambito penale). Si tratta cioè della giustizia che attribuisce «a ciascuno ciò che gli spetta»³⁶, «dà a ciascuna cosa nella misura che merita, in senso positivo o negativo. È una giustizia che calcola, che misura [...] nei termini di ciò che... spetta e ciò che... deve essere negato»³⁷.

Teniamo a mente alcuni concetti-chiave: il modello prevede il distinguo, il calcolo – cioè un'aritmetica dell'attribuzione e della sottrazione –, il merito (o la meritevolezza), la negazione, la decisione, il giudizio. Ampliando lo sguardo, potremmo aggiungere che il modello contempla anche l'autorità del giudice (dell'ordinamento, del sistema), la responsabilità per la trasgressione della norma e la conseguente causalizzazione di un evento offensivo, la coercizione attraverso la pena. Il processo ruota attorno alle idee di contrapposizione – tecnicamente di contraddittorio (tanto che nei sistemi anglosassoni viene chiamato *adversary*) –, di giudizio (*iuris dictio*), di forza.

Rileggiamo brevemente la sistematica del processo alla luce di questi concetti.

³⁴ Nel presentare i tre fondamentali metodi di risoluzione delle controversie, viene presa in prestito la distinzione tra due «livelli» di giustizia: quello distributivo e quello trasformativo o creativo riportata da TILLICH: *Amore, potere, giustizia*, pp. 67 ss., nonché la tipologia delle forme di giustizia di LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, pp. 213 ss.

³⁵ Si precisa fin d'ora che non si vuole affatto aderire a una visione estrema mirante all'abolizione del sistema giurisdizionale, integralmente sostituito dai modelli alternativi, quanto piuttosto alla critica costruttiva che può aspirare a produrre, nel lungo periodo, dei miglioramenti nel difficile compito di amministrare la giustizia.

³⁶ Cf. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, p. 216.

³⁷ Cf. TILLICH, *Amore, potere e giustizia*, p. 68.

2.1.1. L'aritmetica del giudizio: la dimensione della bilancia

Il diritto è l'unità di misura necessaria per stabilire, in modo oggettivo, ciò che spetta, ciò che si merita, ciò che deve essere tolto. Le norme giuridiche sono il criterio (indiscutibile e non arbitrario) di formulazione del giudizio.

Le norme vengono perlopiù intese in modo dogmatico, tecnico, e in senso *autoritativo*; è difficile che vengano invece svelate nella loro dimensione precettiva come *ragionevoli* indicazioni di comportamento, tendenzialmente capaci di aggregare i cittadini e di offrirsi alla loro *libera* adesione facilitando rapporti civili di pacifica convivenza. Le ragioni storico-culturali di simile tendenza sono molto antiche³⁸, ma hanno – per la storia giuridica italiana recente – un chiaro e diretto antenato nel cosiddetto «indirizzo tecnico-giuridico» sostenuto da Arturo Rocco, fratello del Guardasigilli di Mussolini e padre del codice penale repressivo, purtroppo ancora vigente³⁹. Tale indirizzo si è caratterizzato per una

³⁸ Si pensi alla tradizione del legalismo e all'idea del giudice come (irrealistica) *bouche de la loi*.

³⁹ È particolarmente grave che in uno Stato democratico viga un codice *penale* risalente al sistema autoritario fascista: il diritto penale è il ramo dell'ordinamento che regola il punto più delicato del rapporto tra l'Istituzione e il cittadino, quando cioè con la commissione del reato si offende o pone in pericolo un bene o un diritto fondamentale e l'ordinamento si appresta a reagire con gli strumenti più significativi, di fatto più «forti», in suo possesso. Il Codice Rocco ha subito numerose modifiche per intervento della Corte costituzionale e dello stesso legislatore, ma il suo assetto è rimasto immutato (con un'evidente attenzione per la tutela della personalità dello Stato, prima che della persona umana), il suo sistema sanzionatorio è ancora esageratamente severo, inutilmente repressivo e irrazionale. Dall'avvento della Costituzione democratica a oggi il nostro Paese non è mai riuscito a dotarsi di un codice penale *nuovo* conforme ai principi democratico-liberali nonostante i molti progetti di riforma: cf. le riflessioni – suo malgrado ancora attuali – di G. MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano 1985, pp. 327 ss. Sui recenti progetti di riforma si vedano i lavori della Commissione Ministeriale per la Riforma del Codice penale, istituita con D.M. 1 ottobre 1998, presieduta dal prof. Carlo Federico Grosso (per l'esame del *Progetto preliminare di riforma del Codice penale. Parte generale* e dell'annessa *Relazione* cf. «Documenti Giustizia», settembre 2000, nonché per una versione con alcune modifiche del testo la «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2001, pp. 574 ss.). Si ricorda che, con la nuova legislatura, l'attuale Governo ha insediato un'altra «Commissione di studio per la riforma del Codice penale» presieduta dal Procuratore della Repubblica di Venezia, dott. Carlo Nordio (D.I. 23.11.2001). I lavori della Commissione Nordio – la cui chiusura era inizialmente prevista per la fine del giugno 2002 ed è stata successivamente prorogata – sono ancora in gran parte sconosciuti; per una prima ricognizione degli orientamenti della riforma si rinvia a P. PISA, *Prospettive di una nuova depenalizzazione: il «progetto Castelli»*, «Diritto penale e processo», 2003, 3, pp. 269 ss.

manifesta chiusura alla realtà e all'apporto di altre scienze e discipline in grado di integrare, arricchire e umanizzare il diritto (penale).

Alla luce della fonte giuridica, i litiganti e le loro vicende vengono ri-descritti secondo un copione oggettivante, spersonalizzante che prevede ben precisi ruoli soggettivi, qualificazioni fattuali, linguaggi specifici e limiti formali. È sottratto agli interessati il controllo sull'*iter* e sull'esito del procedimento e affidato all'organo giudicante che – proprio per questo – diventa l'unico interlocutore tra persone che non comunicano più fra loro (né, sovente, torneranno a farlo).

I soggetti *istituzionali* (il giudice, il Pubblico Ministero, persino l'avvocato) – i veri protagonisti del processo (potendo le parti non presentarsi in udienza ed essendo prevista la contumacia) – devono del pari «spersonalizzarsi». Si noti che la preparazione e il reclutamento di queste figure sono condizionati dal compito processuale che è prima di tutto *iuris dictio*, enunciazione di norme giuridiche. Gli operatori del diritto non vengono affatto preparati all'incontro con le miserie umane, con l'aggressività e la violenza del conflitto, con il dolore e i sentimenti «forti» che si accompagnano alle tristi storie di aggressori e vittime. Per loro fortuna i magistrati non hanno (non devono avere) alcuna «conoscenza delle e nessun coinvolgimento nelle conseguenze umane ed esistenziali della decisione»: sarebbero scontenti di constatare che la loro attività è stata al più artefice di una (eventuale) pacificazione di «natura puramente estrinseca», che sostituisce all'«autentica conversione etica o interpersonale degli animi» la «formalizzazione e solennizzazione istituzionale della lite [...] e una sanzione quasi sempre pecuniaria o detentiva sostenuta dalla forza»⁴⁰.

Il giudice, salvo i casi in cui la legge gli consente un giudizio equitativo, non può oltrepassare la duplice soglia rigida della norma (sotto il profilo della lettura del fatto, dei termini, della forma degli atti, di ciò che è consentito dalla fase o grado processuale cui si è giunti) e della «domanda» della parte attrice. E ciò anche ove il più lampante *buon senso* richiederebbe un intervento diverso.

In ambito penale, poi, è addirittura vietato (art. 220 c.p.p.) – eccezion fatta per il sistema minorile e per l'accertamento delle patologie

⁴⁰ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione generale al Convegno su «Le professioni giuridiche come vocazioni»*, Atti del Convegno di Firenze, «Iustitia», 1990, pp. 10 ss. Il filosofo non risparmia ammonimenti agli avvocati che ritiene essere «spesso percepiti come semplificatori» di una crisi di comunicazione quando non come amplificatori di una litigiosità unilaterale [...] il più bravo non è lo specialista in verità, ma lo specialista in vittorie».

psichiatriche – il tentativo di ricostruire, con un'ideale *perizia*, la *personalità* dell'imputato, cosa che consentirebbe, da un lato, di gettare luce sul fatto per meglio comprenderlo, dall'altro, di adeguare la misura di risposta all'illecito alle esigenze di recupero e reinserimento del suo autore, senza con ciò – si badi – prevedere un ritorno alla pericolosa e illiberale «colpa d'autore»⁴¹.

È paradossale la situazione di un diritto penale «simbolico, che considera *fatti*, più che *fatti commessi da persone*»⁴², ma che poi ovviamente – come con sofferza ironia notava il prof. Eusebi in un recente colloquio – infligge le pene alle persone e non alle loro condotte⁴³.

Il risultato dell'uso della bilancia è la formulazione del giudizio.

2.1.2. La decisione e la responsabilità: la dimensione della spada

L'atto del giudicare è facilmente paragonabile a una *chirurgia sociale*⁴⁴, non solo perché decidere significa etimologicamente – lo si ricordava nelle pagine di apertura – *tagliare*, ma anche perché ogni giudizio aspira a *sanare* attraverso la *cesura* e la separazione, così che quasi ogni processo produca la recisione di qualche legame.

I livelli in cui si presenta la separazione, il taglio, sono vari. Su tutti sovrasta l'idea che per attribuire a ciascuno ciò che merita e per comporre il male, il giudice debba prima fare una cernita, differenziando e separando il lecito dall'illecito, il legittimo dall'illegittimo, il fondato

⁴¹ Sul tema, delicato e importante, si richiamano in prospettiva criminologica: FORTI, *L'immane concretezza*, opera già citata, pp. 178-180; in prospettiva politico-criminale: L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto tra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in L. PICOTTI - G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale «conciliativa». Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 41-44 (pubblicato anche in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, 1, pp. 76 ss.). Si ricorda che, in ambito minorile, l'art. 9 del D.P.R. 448/1988 opportunamente prevede che il giudice e il Pubblico Ministero, nel corso del processo, debbano acquisire elementi sulle risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore così da consentire un'adeguata valutazione di imputabilità, maturità e responsabilità e modellare sulle esigenze educative del giovane imputato tutti gli interventi disposti dall'autorità giudiziaria.

⁴² Cfr. ancora EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, p. 42 (corsivi nel testo).
⁴³ Non è un caso, infatti, che lo sguardo sulla *personalità* e un seppur moderato e incompleto studio sulla medesima vengono recuperati, una volta concluso il processo, pronunciata la condanna e infitta la misura repressiva, durante l'esecuzione della pena: cfr., per esempio, gli artt. 1, 13 ss. dell'Ordinamento penitenziario (L. 354/1975 e succ. modifiche), e, da ultimo, l'art. 27 del relativo Regolamento di attuazione (D.P.R. 230/2000).

⁴⁴ La metafora medica, rimodellata per calzare i nostri fini, viene ripresa da FORTI, *L'immane concretezza*, pp. 8-12 (in tema di rapporto tra criminologia – come *diagnostica* sociale – e diritto penale – come *chirurgia*).

dall'infondato, il colpevole dall'innocente. Il «bisturi» del giudice è dato dalla Legge: è la norma che dice cosa, come e quanto tagliare.

L'esito estrinseco del giudizio, la sentenza, ha necessariamente natura *rigida* e dualistica: i processi si vincono o si perdono, non possono servire per convincere o per ricercare soluzioni mutuamente costruttive. Il rigido dualismo, mimesi della separazione tipica della decisione, lascia poi nei destinatari sentimenti che amplificano, invece che eliminare, il conflitto: laddove ci sono vincitori e vinti, innocenti e colpevoli, la comunità si divide nei partigiani dell'una e dell'altra parte, ci sono sentimenti sociali negativi, rabbia, rancore, animosità, di nuovo sofferenza. È questo il motivo per cui le forme di giustizia «tradizionali» e primitive sono di tipo riconciliativo non giudiziale: la lite viene vissuta come una pericolosa lacerazione del tessuto sociale che deve essere ricucita *avvicinando* e non allontanando le parti.

Con la sentenza, il giudice non si limita a censire e qualificare il fatto: nel suo lavoro *distributivo*, pur dovendo rimanere il più possibile «bendato» e impermeabile alla conoscenza comprensiva dell'autore di quel fatto, egli afferma la responsabilità, cioè qualifica la condotta, anzi l'agente, come *colpevole* e *rimproverabile*⁴⁵. La giustizia distributiva attribuisce la responsabilità (la colpevolezza) che spetta. Che la responsabilità abbia a che fare con un atto di attribuzione è ormai chiaro alla dottrina penalistica e criminologica⁴⁶: la responsabilità non ha una consistenza *ontologica* precisa, è un atto di imputazione intriso di implicazioni e significati normativi. Ciò che viene imputato è una qualità degradante (colpevole, condannato ecc.), è un giudizio di disvalore e disapprovazione (per il fatto e il suo autore). Ciò che viene imputato è però anche il fatto nella sua interezza di significato che diventa così

⁴⁵ È, questo, il senso del principio garantistico enunciato dall'art. 27 co. 1 Cost.: «La responsabilità penale è personale». La Corte costituzionale, a partire dalla nota sentenza n. 364/1988, ha precisato che l'aggettivo «personale» mira non solo a escludere qualsiasi responsabilità per fatto *altrui*, ma ad affermare piuttosto una responsabilità per fatto *proprio colpevole*. Non sarebbe conforme allo Stato democratico il ritenere sussistente una responsabilità giuridica (tanto più penale) ove al cittadino non fosse (stato) possibile agire diversamente. La responsabilità trova spazio solo in presenza di una simmetria perfetta tra la sfera del «potere» e la sfera del «dovere». Il cittadino non può mai essere chiamato a rispondere di eventi che sfuggono alla sua sfera di controllo e di dominio. È colpevole chi, potendo e dovendo agire diversamente, non si astiene, come minimo, dall'evitare o impedire un evento lesivo signoreggiabile (vale a dire un evento prevedibile ed evitabile). Cfr. C. cost., sent. n. 364/88 in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1988, pp. 686 ss., con nota di D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*.

⁴⁶ Cfr. FORTI, *L'immancabile concretezza*, pp. 307 ss. e autori ivi citati.

un fatto *proprio colpevole*, appunto, *del* soggetto giudicato. La responsabilità giuridica è unilateralmente orientata al reo e al suo gesto illecito (trascurabile è il peso della vittima). Come afferma Ceretti, in alcune pagine memorabili spesso citate, la responsabilità è retrospettiva, è responsabilità «*per*» la condotta e l'evento trascorsi. Si osservi poi che si tratta di una responsabilità che ruota attorno alla trasgressione formale della norma più che all'«offesa sostanziale al bene oggetto di tutela e al suo titolare»⁴⁷.

2.1.3. La coercizione, la forza, la pena: il lavoro della spada

Il processo è un *rito* complesso mediante il quale il conflitto, più che composto, viene istituzionalizzato (e spesso radicalizzato). I litiganti vengono *separati*, sottratti l'uno all'altro e alla rispettiva reazione (privata) e sottoposti al *giudizio* di un terzo neutrale, imparziale, indipendente, investito di un'autorità pubblica che gli consente di *imporre* la decisione e farla eseguire *forzatamente* in caso di inosservanza.

La lite non viene *risolta*, quanto piuttosto *messa a tacere* per l'intervento di un terzo portatore di una *forza* più grande che si avvale — ove necessario — dell'*imposizione*⁴⁸.

La chirurgia sociale seziona ciò che spetta, il diritto appone il confine, delimita, e infine protegge l'ordine così generato con tutta la forza coercitiva della Legge e dei suoi apparati di esecuzione. Si osservi che, ancora una volta, l'ordinamento finisce per esporre il proprio lato «forza», lasciando nell'ombra il volto migliore, la dimensione più democratica e consensuale: nel processo non ci si appella, come si potrebbe — forse —, come si dovrebbe — forse —, in uno Stato democratico, al sostrato «popolare» della norma, alla sua efficacia di patto da rispettare liberamente, al suo servizio di regolazione equilibrata di rapporti interpersonali. Nel processo ci si appella alla Legge come e in quanto *autorità*.

Il tema dell'autorità è, infatti, cruciale per la comprensione del processo: il metodo è «tarato» per intervenire in *assenza* di collaborazione

⁴⁷ Si approfondiscono questi temi in MAZZUCATO, *Politica criminale, democrazia, educazione*, Parte prima, § 4.

⁴⁸ Di quella *forza* cioè che, contrapposta alla *spontaneità*, agisce sugli esseri «senza avvertire del loro attivo sostegno»: cfr. TILLICH, *Amore, potere e giustizia*, p. 51 (corsi nostri). Prosegue l'autore con un avvertimento di particolare significato per la giustizia penale: «Niente può essere forzato a un moto o a un comportamento incompatibile con la sua natura. Qualora ciò sia tentato l'esito è l'annientamento» (*ibi*, p. 51).

tra le parti; esso finisce così per fare completamente a meno del *consenso*, della comprensione reciproca, della *buona volontà* (e della soddisfazione) delle parti. Nella struttura triangolare del giudizio il polo pulsante, la pietra angolare, è rappresentata dal giudice, non dalle parti. E a costui che si parla; da costui giungerà l'esito del procedimento. La separazione tra i contendenti è resa esplicita, nell'architettura processuale, dalla collocazione contrapposta di questi ultimi rivolti, invece, verso il soggetto giudicante.

La dimensione impositiva-costrittiva del processo si palesa altresì nella sentenza: la decisione non si impone, non vale, per la sua autorevole ragionevolezza o per il suo valore *impegnativo*, quanto piuttosto per la sua particolare efficacia, per la sua validità vincolante, per la sua forza coercitiva. Le decisioni giudiziarie sono corredate giuridicamente da una valenza peculiare: sono assistite dalla forza, possono essere fatte eseguire *forzatamente*. Non si tratta, beninteso, di una forza solo *legale-prescrittiva*, si tratta di una forza *operativa-esecutiva* sostanziale, concreta (la forza del pignoramento, dell'esecuzione – appunto – *forzata*, dell'intervento della *forza – sic!* – pubblica in campo civile; della privazione della libertà, delle celle, delle sbarre, delle manette e dei ferri, dei blindi, in campo penale).

Ancora una volta il settore in cui simili rilievi si atteggiano in modo macroscopico è quello della risposta al reato, dove attraverso la pena detentiva «un soggetto giudicato *responsabile* e condannato diventa (s)oggetto di un *rapporto di forza*»⁴⁹, dove il *nome* che il giudice attribuisce al colpevole viene permeato di significati sociali stigmatizzanti che provocano effetti di ulteriore criminalizzazione⁵⁰, dove la *separazione* del reo – seppur mascherata da pretese ri-socializzative⁵¹ – diventa *segregazione*, esclusione fisica, morale e sociale (addirittura, con l'ergastolo e la pena di morte, completa, totale, neutralizzazione).

Quanto illustrato sul processo giurisdizionale vale, per certi aspetti e con le opportune differenziazioni, anche per i procedimenti arbitrali. L'arbitrato, infatti, è un vero e proprio *giudizio ritualizzato* (art. 806 ss. c.p.c.), con la differenza che il giudice è un *privato* scelto dalle

⁴⁹ A. CERETTI, *Come pensa il Tribunale per i Minorenni. Una ricerca sul giudicato penale a Milano dal 1934 al 1994*, Franco Angeli, Milano 1996, p. 23.

⁵⁰ L'imputazione di identità effettuata dal giudice «diventa un atto di categorizzazione che tende a produrre ciò che designa»: cfr. ancora *ibi*, p. 32. Sulla stigmatizzazione e sui suoi effetti criminalizzanti cfr. anche FORTI, *L'immane concretezza*, pp. 307 ss.

⁵¹ Cfr., per tutti, le riflessioni problematizzanti di EUSEBI, *La pena in crisi*, pp. 83 ss.

parti: l'art. 806 c.p.c. prevede, infatti, che «le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra loro insorte». Anche nell'arbitrato, dunque, la decisione viene «calata dall'alto» e *imposta* alle parti, le quali, però, si sono precedentemente autovincolate a rispettare tale giudizio⁵². Gli arbitri decidono «secondo le norme di diritto, salvo che le parti li abbiano autorizzati... a pronunciare secondo equità».

La legge, infine, riconosce al lodo arbitrale – redatto e reso esecutivo con le modalità prescritte – efficacia e *forza* vincolanti del tutto simili alla sentenza del giudice ordinario. Per questo l'arbitrato è ampiamente diffuso – quale strumento ottimale rapido ed efficiente – nel componimento delle controversie commerciali che contrappongono soggetti giuridici impersonali (imprese ed enti pubblici/privati). Si ricorda che il procedimento arbitrale può trovare applicazione solo con riguardo alle controversie di natura civilistica relative ai diritti disponibili. Non è ammesso il ricorso a tale strumento in ambito penale, di diritto di famiglia o minorile, e in ogni caso ove sia in discussione un diritto personalissimo indisponibile per il quale è pure esclusa qualsiasi definizione transattiva della lite (artt. 806-807 c.p.c.).

2.2. Dei metodi negoziali-transattivi (conciliazione e negoziazione), o della giustizia commutativa

Proseguendo nella nostra mappa concettuale dei metodi di risoluzione delle controversie, ci imbattiamo ora nelle forme giuridiche della giustizia *commutativa*, definibile, «in prima approssimazione, l'uguaglianza o la proporzione accettabile negli scambi»⁵³. Si tratta del territorio della transazione e della conciliazione, in altre parole gli ambiti tipici del componimento «stragiudiziale» delle controversie. Siamo cioè usciti dal processo (pubblico o privato) per entrare in un settore che si avvia verso un sempre maggiore risalto nella prassi quotidiana: si pensi agli sportelli di conciliazione e arbitrato istituiti dalle Camere di

⁵² Nella pratica commerciale è frequente che la previsione dell'arbitrato sia inclusa già nel contratto (o in un atto separato contestuale alla stipula dell'accordo), quale apposita clausola – detta *compromissoria*. Con la clausola compromissoria «le parti... possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri» (art. 808 c.p.c.); si evita in questo modo una decisione delicata quando, a lite insorta, i contendenti si trovano a dover scegliere tra il più lento – ma meno costoso – sistema ordinario e il più veloce – ma oneroso – procedimento arbitrale.

⁵³ Cfr. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, p. 216.

posto l'accento sull'importanza degli *interessi* che retrostanno alle posizioni (spesso rigide) dei contendenti: le comunanze vanno cioè ricercate, assumendo una pragmatica prospettiva di *problem-solving*, più che nelle distanti posizioni di facciata assunte in partenza, nei risvolti meno visibili e immediati delle richieste degli interessati e soprattutto nella sapiente valorizzazione di ciò che «vale» e «conta» per ciascuno di essi.

Nel negoziato è comunque centrale il *dare-ricevere*, cioè la dimensione *oggettiva, materiale*, della lite piuttosto che quella soggettiva, legata ai vissuti e ai valori delle parti. Non si dimentichi, però, che la disponibilità a concedere, l'intransigenza nel pretendere, la generosità nel dare, l'aggressività nell'estorcere non sono affatto dinamiche fredde e oggettive, bensì condizionate (se non addirittura determinate) dagli stati d'animo, dalla storia, dalle esperienze, dalle emozioni, dalla morale, dall'educazione, dai principi delle parti. Assumono poi un ruolo preminente gli eventuali squilibri di potere. Prescindere dalle componenti soggettive individuali porta il negoziato al fallimento o al veloce sgretolarsi dell'accordo non cementato da una sicura *self-confidence* delle parti nell'equità e ragionevolezza del patto medesimo. La soluzione della lite, valutata – differenzialmente dal giudizio ordinario – alla luce della *soddisfazione* delle parti, dipende in gran parte dall'abilità del mediatore nel condurre a svelare posizioni «compatibili» e nell'edificare di conseguenza un'intesa solida, temprata dalla prospettiva dei possibili eventi avversi che potrebbero «minarla»⁶².

Una delle fondamentali ragioni dei modesti risultati delle pratiche negoziali risiede – ad avviso di chi scrive – nella mal riposta fiducia, ancora una volta, nella *tecnologia* (della risoluzione) del conflitto: come se bastasse una *strategia semplificante* a contenere i complessi e distruttivi sentimenti sociali e i vissuti di ingiustizia che caratterizzano ogni pur prosaico – conflitto. È per questo che le esperienze transazionali si stanno sempre più muovendo verso la mediazione intesa e praticata secondo il modello umanistico. È pur vero, comunque, che un intervento

Resolving Conflict, Jossey-Bass, San Francisco 1986. Per un'analisi del panorama americano cfr. R.A. BARUCH BUSH - J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation. Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, Jossey-Bass, San Francisco 1994, in particolare il cap. I.

⁶² Una volta definito l'accordo, è bene che i negoziatori o il conciliatore provvedano a metterlo «a ferro e fuoco» *minando le ipotesi*, cioè anticipando astrattamente condizioni sfavorevoli, imprevisti, violazioni dei patti, elaborando subito possibili soluzioni e strategie alternative. Simile lavoro consente alle parti di uscire dal negoziato rafforzate e con un programma transattivo «collaudato» a prova di fallimento.

di mediazione «umanistica» può prevedere alcune fasi negoziali in senso stretto a conclusione dell'*iter* (per esempio, laddove sia necessario definire il risarcimento del danno o le attività di riparazione delle conseguenze del reato). È quindi importante che l'alto grado di competenza degli operatori includa, accanto all'attitudine all'ascolto, all'empatia e al riconoscimento, anche più «tecniche» capacità negoziali e conciliative.

2.3. Dei metodi riparativi-costruttivi (mediazione), o della ricerca (non conclusa) di una giustizia creativa

2.3.1. La giustizia «dell'aratro»

L'ultimo, più alto, livello della giustizia, nel quadro qui tratteggiato, è rappresentato idealmente dalla *giustizia creativa*⁶³, la forma della riunione di ciò che è separato, o – ancora più arditamente – il criterio che mira alla «piena realizzazione» di ciascuno «nella piena realizzazione universale»⁶⁴. Una giustizia non ego, ma ontocentrica⁶⁵.

Se i simboli tipici del sistema tradizionale sono la bilancia e la spada, potremmo azzardarci a fornire un'immagine simbolica anche alla giustizia creativa: rileggendo alcune memorabili pagine di Charles Péguy⁶⁶, lo strumento che il poeta francese – in tutt'altro contesto – contrappone alla *spada* è l'*aratro*; da un lato un lento, paziente, umile, faticoso, lavoro di costruzione, dall'altro un veloce, e feroce, lavoro di distruzione: «Ci vogliono anni e anni per far crescere un uomo, c'è voluto pane e ancora pane per nutrirlo... Per fare un buon cristiano occorre che l'aratro abbia lavorato vent'anni. Per disfare un cristiano occorre che la sciabola lavori un minuto. È nel genere dell'aratro lavorare vent'anni. È nel genere della sciabola lavorare un minuto»⁶⁷.

L'immagine dell'aratro ci consente anche di mettere in luce l'aspetto della *fatica* e della *profondità*: la giustizia creativa non è blanda, superficiale e semplicistica; è al contrario rigorosa, approfondita, seria (al

⁶³ Cfr. TILLICH, *Amore, potere e giustizia*, p. 68: l'autore chiama *creativa* o *trasformatrice* tale modello di giustizia.

⁶⁴ Sempre *ibi*, p. 69.

⁶⁵ Si consenta ancora il rinvio a MAZZUCATO, *L'universale necessario della pacificazione*, pp. 1252, 1262.

⁶⁶ C. PÉGU, *I Misteri, Giovanna d'Arco, La seconda virtù, I santi innocenti*, Jaca Book, Milano 1989 (2ª ed.).

⁶⁷ *Ibi*, p. 31.

Commercio⁵⁴, o alle procedure conciliative previste, sovente, già nei contratti stipulati tra consumatori e banche, assicurazioni, enti privatizzati erogatori di servizi pubblici⁵⁵, o ancora alle definizioni «conciliate» cui gli avvocati conducono le parti evitando loro i costi e i tempi del processo ordinario. Non si dimentichi poi un importante segmento «giudiziale», l'ingresso cioè della conciliazione nel procedimento davanti al giudice: la legge impone, infatti, di esperire un tentativo di conciliazione tra le parti *prima* di dare formale avvio al processo (che svolgerebbe quindi, a rigor di logica, una funzione meramente sussidiaria e suppletiva al *preferibile* accordo tra i contendenti)⁵⁶. Si rinven- gono norme in tal senso nel procedimento civile⁵⁷, del lavoro⁵⁸, di separazione dei coniugi⁵⁹, fino al processo penale ove la conciliazione tra querelante e querelato è una causa estintiva dell'illecito⁶⁰.

Il Codice civile definisce la *transazione* «il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro» (artt. 1965 ss.).

⁵⁴ Ai sensi della L. 29.12.1993 n. 580 di riordino delle Camere di Commercio, è data facoltà a queste ultime di istituire commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione extragiudiziana delle controversie tra imprese e consumatori o tra privati.

⁵⁵ Si pensi, per esempio, alla procedura di conciliazione e arbitrato Telecom Italia, al progetto «Accesso dei consumatori alla giustizia» promosso dal Comitato Difesa Consumatori nell'ambito delle iniziative finanziate dalla Commissione CE, all'*ombudsman* bancario istituito dall'Associazione Bancaria Italiana. Per una disamina delle prime iniziative in merito si veda il dossier monografico *Laboratorio Conciliazione*, «Impresa e Stato», 1997, 2. Si veda anche per una disamina completa dei progetti e modelli in vigore nel sistema anglosassone: P. GAGGERO, *I modelli alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema di Common Law*, «Documenti Giustizia», 1994, 3, pp. 375 ss. Si veda, infine, *Il Libro Verde. Accesso dei consumatori alla giustizia*, su cui cfr. il commento di B. CAPPONI, in «Documenti Giustizia», 1984, 3, pp. 361 ss.

⁵⁶ Ciò pare dimostrare, fra l'altro, che lo stesso legislatore si avvede dei limiti del processo nello scardinare la conflittualità tra le parti; la Legge guarda con un certo sfavore la celebrazione del rito, preferendovi piuttosto un bonario componimento, anche equitativo.

⁵⁷ Cfr. l'art. 185 c.p.p. per quanto riguarda il processo civile ordinario; gli artt. 320 e 322 c.p.p. per il procedimento avanti al giudice di pace in sede civile (conciliazione in sede contenziosa e non contenziosa).

⁵⁸ Cfr. artt. 410 ss. c.p.c.

⁵⁹ Cfr. art. 708 c.p.c.

⁶⁰ Cfr. art. 555 c.p.p. per il procedimento penale ordinario; art. 29 D.Lgs. 274/2000 per la competenza penale del giudice di pace. Si ricorda che nel semplificato processo penale davanti al giudice di pace il principio conciliativo è generale e deve quindi ispirare tutta la procedura e permeare le eventuali misure di risposta al reato decise dal giudice onorario: sul punto si veda L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relative alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, «Il giudice di pace», 2003, 1, pp. 60 ss.

La transazione, il negoziato e la conciliazione hanno in comune il modello di fondo (basato – appunto – sulle reciproche concessioni), ma si differenziano per l'assenza o la presenza del terzo, la sua maggiore o minore direzionalità. Il procedimento conciliativo, infatti, altro non è che una *transazione* che si svolge alla presenza di un terzo (il giudice, l'avvocato, l'esperto, spesso un soggetto preposto dalle associazioni rappresentative delle categorie di appartenenza delle parti – per esempio, sindacati ecc. – o dagli enti esponenziali di interessi diffusi).

L'aspetto di maggior interesse, ai fini della riflessione qui condotta, è la *reciprocità delle concessioni* la quale mostra, in altre parole, le fattezze di una Giustizia dello scambio, della partita doppia, del *do ut des*. Simile modello, a differenza del primo citato (distributivo-retributivo), abbandona completamente la *spada* e trasforma la *bilancia* impersonale della Giustizia bendata in un meccanismo *negoziale*, mercantile (non necessariamente da intendersi in un'accezione deteriore).

Se si vuole, la giustizia commutativa pare essere il prolungamento privatistico, l'evoluzione individualistica della giustizia distributiva.

Qui può mancare il «terzo», il quale, in ogni caso, non è una pietra angolare del procedimento. Il pulsare dell'attività avviene tra le parti: nelle loro (rispettive) posizioni, nei loro (rispettivi) interessi, nelle loro risorse, nel loro potere risiede – nascosto – l'esito della controversia, la sua soluzione.

Le parti si contrappongono e al contempo si corrispondono: è un gioco a somma zero, un lavoro di compromessi. Ogni contendente riceverà, al termine, solo ciò che l'altro sarà stato disposto o convinto a cedere. In questo contesto ogni soggetto tenta di ottenere il massimo dalla controparte e di soddisfare quanto più possibile la propria pretesa.

Il continuo scambio di proposte e contro-proposte innesca un lavoro di limature progressive che porta – ove ben condotto – all'*assottigliamento delle differenze*, in vista di un punto di intersezione che consenta una *reductio ad unum*, una precisa *compatibilità* tra le rispettive posizioni inizialmente divergenti.

La migliore letteratura statunitense sulle negoziazioni⁶¹ ha da tempo

⁶¹ Sui metodi negoziali si veda il famoso testo – teorico e pratico – di R. FISHER - W. URY, *Getting to Yes. Negotiating Agreement without Giving*, Penguin Books, New York 1991; nonché per una fenomenologia attenta anche agli aspetti sociologici e antropologici: P.H. GULLIVER, *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective* (*Studies on Law and Social Control*), Academic Press, Orlando-London 1969. Per una teorizzazione «negoziale» delle pratiche mediatrici, cfr. C.W. MOORE, *The Mediation Process. Practical Strategies for*

limite severa). Per ri-unire ciò che è separato è necessario *affondare* nelle radici del conflitto, incontrare l'umidità dolorosa⁶⁸ dei sentimenti coinvolti, l'aridità gelida dell'indignazione, l'incolta e caotica proliferazione delle erbacce dell'aggressività, della violenza, del risentimento, la durezza impietrita della solitudine di chi non si sente riconosciuto. Per ri-unire ciò che era separato è necessario disegnare il solco ordinato della responsabilità, dentro il quale è poi possibile gettare il seme della riparazione. Il lavoro, dunque, è lungo e impegnativo.

I «vent'anni» dell'aratro richiedono alle parti, ai mediatori e ai cittadini la capacità di saper aspettare, il coraggio di rimanere al cospetto delle domande «difficili», la pazienza di veder nascere qualcosa di duraturo.

Il «minuto» della sciabola rassomiglia invece – ove guardato dalla collettività – alla tendenza al «tutto e subito», alla scarsa lungimiranza, alla voglia di evacuare al più presto la scomodità tragica di ciò che è arduo – irrazionale – violento. Il «minuto» della sciabola – ove guardato invece dalla posizione del soggetto ritenuto responsabile – può coincidere con tutta l'esistenza (nel caso dell'ergastolo) o con la vita (come nella pena di morte), in ogni caso quel «minuto» (che si consuma nel tempo della lettura del dispositivo di una sentenza di condanna) dipana i suoi effetti – segreganti, degradanti, umilianti – diacronicamente su tutto l'arco vitale di una persona, spesso ben oltre ciò che, secondo la bilancia, spetta o si merita.

2.3.2. Una giustizia dialogico-consensuale – una giustizia «democratica»

Riformulando il pensiero in concetti tecnici, di certo più adeguati alla trattazione, si ripresenta qui emblematicamente il contrapporsi tra il fattore «forza» – l'idea coercitiva della Legge, cui si accompagnano logiche di repressione in chiave retributiva e/o preventiva – e il fattore «consenso» – l'idea che l'ordinamento giuridico e la giustizia in uno Stato democratico si giochino soprattutto su scelte di libera, convinta, adesione alle norme e su capacità dialogico-costruttive di superare le controversie, le offese, le prevaricazioni⁶⁹.

⁶⁸ Sulle *lacrime* e sulla loro importanza nella mediazione si vedano le riflessioni di LENZI, *La mediazione: una sacra umana rappresentazione*.

⁶⁹ La significativa dialettica *forza/consenso* è stata elaborata, in seno alla dottrina penalistica e in prospettiva politico-criminale, da L. EUSEBI da ultimo in *La riforma del sistema san-*

È agevole constatare la palese prevalenza del primo dei due fattori, cui si accompagna il facile attenuarsi degli ideali democratico-garantistici a fronte di situazioni-limite (la commissione di un reato grave, la diffusione dell'illegalità, il presunto dilagare della delinquenza giovanile⁷⁰, la conflittualità familiare, la concorrenza sleale ecc.). Le logiche democratiche dell'ascolto, del consenso, della libertà, della solidarietà, del rispetto della persona umana, della tolleranza, paiono potersi saldamente affermare (nella vita quotidiana e nella prassi giuridica fino alle scelte del legislatore), solo quando i tempi sono «buoni». A fronte di (reali o presunte) emergenze tali logiche cedono facilmente il passo a politiche e modelli illiberali e intolleranti: davvero emblematico, nel settore che qui interessa, è il caso delle (peraltro perdenti) strategie di *tolleranza zero*⁷¹

zionatorio penale, pp. 47 ss. e prima in *La pena in crisi*, p. 47 ss. L'autore sottolinea l'importanza e l'efficacia di seri sistemi di prevenzione *positiva* dei reati: si ricorda, infatti, che si distinguono due componenti – positiva e negativa – nella prevenzione generale e speciale. La componente *negativa* è radicata sul fattore-forza e mira a ottenere l'astensione da comportamenti criminali mediante la minaccia e l'infissione della pena; la componente *positiva* – nell'impostazione condivisibile qui presentata – si fonda invece sul fattore-consenso, cioè sul rispetto per convinzione dei precetti penali. Gli studi empirici e la ricerca criminologica hanno da tempo dimostrato l'efficacia *motivante* della parte *precoettiva* (indicazione di comportamento) non sanzionatoria delle norme penali (cfr. FORTI, *L'immane concretezza*, p. 131). La maggior parte delle persone che scelgono di *non* delinquere non sono trattate dalla paura o dall'incapacitazione legate alla pena, bensì dalle proprie convinzioni valoriali soggettive espresse democraticamente attraverso le norme giuridiche. Tale componente della prevenzione si declina nella pratica in opportune forme di diffusione educativa – perlopiù informali – dei valori condivisi tutelati dalle norme penali (prevenzione generale), e nel reinserimento sociale dell'autore di reato (prevenzione speciale).

⁷⁰ Si osservi che l'Italia pare essere uno dei Paesi più *sicuri* al mondo; i frequenti «allarmi» circa la recrudescenza della criminalità comune sono in gran parte privi di fondamento empirico (per gli ultimi dati sulla criminalità registrata, cfr. ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali. Annuario 2000*, ISTAT, Roma 2002, in parte consultabili anche sul sito www.istat.it). Non altrettanto può dirsi, purtroppo, per la criminalità organizzata e transnazionale, per lo più di stampo economico, e per i cosiddetti *crimini dei colletti bianchi* nei confronti dei quali le richieste di penali sono invece attenuate. La criminalità economica si caratterizza per una peculiare nocività cui non si accompagna, però, un proporzionato allarme sociale: ciò dipende dal suo carattere «sostanzialmente sofisticato» e dalla natura pienamente socializzata e spesso *potente* dei suoi autori: cfr., per tutti, FORTI, *L'immane concretezza*, pp. 186 ss., 304 ss. Si scade facilmente, così, in quello che D. PULITANO ha significativamente chiamato il «pericolo di un diritto penale diseguale» (cfr. D. PULITANO, *Quale futuro per la giustizia minorile?*, «Minori Giustizia», 2002, 1-2, p. 81): forte con i deboli, blando con i potenti. Si lascia al lettore il compito di riflettere sul significato di riforme normative che mitigano in modo rilevante la disciplina dei reati societari (D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61, «Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali»), accompagnate da disposizioni e proposte «dure» nei confronti della criminalità minorile e dell'immigrazione.

⁷¹ Sul tema cfr. L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, Milano 2000. Le politiche di tolleranza

e dei frequenti (inutili) *pacchetti sicurezza*⁷². Ne emerge mestamente, così, l'impressione che la democrazia sia un *lusso* e non – come drammaticamente insegna la storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali – una *garanzia*, uno scudo protettivo da mettere in campo precisamente nei tempi peggiori. Essa è inoltre un ideale *regolatore*: è facile essere aperti, rispettosi, civili, in una società perfetta; ma non è questa la scommessa democratica. La democrazia è una prova, uno sforzo faticoso, uno *scarto* sofferto destinato a esseri umani concreti e a sistemi giuridici reali. La fedeltà alla democrazia, come a ogni altra cosa, si vede dunque nei momenti difficili.

Il conflitto, la violenza, la prevaricazione sono alcuni di questi momenti. Con le pratiche di mediazione e di giustizia riparativa si è aperta la strada per una (ancora lunga, ma ormai avviata) ricerca di risposte pienamente *democratiche* alle domande di giustizia⁷³.

zero (molto diffuse in tutto il mondo occidentale democratico, a prescindere dagli orientamenti politici – di destra o sinistra – dei Governi) si fondano sull'estremizzazione del «lavoro della spada»: cioè sulla scelta di una repressione *penale* a tappeto anche della microcriminalità, addirittura della mera devianza. A ciò si accompagna poi la drastica riduzione dell'intervento solidaristico dello Stato sociale, quasi interamente sostituito – per il controllo delle povertà fastidiose – dallo «Stato penale».

⁷² A fronte di un Codice penale già aspramente repressivo, il legislatore continua a rispondere a eventi delittuosi con forte impatto emotivo (dunque in prevalenza *irrazionale*), con il continuo inasprimento delle pene, dimenticando gli insegnamenti antichi – e ancora validi – che già con Beccaria richiamavano alla mitezza delle sanzioni. Si ricordano due provvedimenti espressivi di forze politiche contrapposte, eppure accomunati dalla medesima filosofia di fondo: da un lato la L. 26 marzo 2001 n. 128, significativamente intitolata «Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini», approvata dal Governo di centro-sinistra a fronte di alcuni tragici episodi di rapina. Tale legge ha introdotto l'art. 624 bis del Codice penale recante le fattispecie di *furto in abitazione* e di *furto con strappo* puniti con la pena congiunta della reclusione e della multa, reclusione che può arrivare, come limiti edite, fino ai dieci anni nelle ipotesi aggravate. Dall'altra parte si ricorda il Disegno di Legge governativo n. 2501 «Modifiche alla composizione e alle competenze del Tribunale per i Minorenni» che – ove approvato in via definitiva – porterebbe a una drastica riduzione degli spazi educativi della giustizia minorile e a un sensibile inasprimento sanzionatorio. Il Disegno di Legge e la *Relazioni illustrative* sono consultabili al sito del Ministero della Giustizia www.giustizia.it alla voce Disegni di Legge. L'iter parlamentare dei documenti può essere seguito attraverso il sito www.parlamento.it. Si veda anche il sito www.minori.it per un primo ragguaglio sul dibattito giuridico-culturale sorto immediatamente dopo l'approvazione dei citati provvedimenti. Si veda anche il numero doppio monografico della rivista «Minori Giustizia», 2002, 1-2.

⁷³ Per l'approfondimento si consenta il rinvio a MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, pp. 91 ss. e, dello stesso autore, *Politica criminale, democrazia, educazione*.

Deposte la bilancia e la spada, la sfida consiste nel tentativo – difficile, ma ragionevole – di applicare il metodo consensuale-democratico al componimento dei conflitti, alla sicurezza urbana e di quartiere, alla prevenzione della criminalità.

L'idea di democrazia (e di metodo democratico) che scaturisce – rinnovata – da simili pratiche attiene più che alla dialettica maggioranza/minoranza, alla capacità degli esseri umani di mettere fine alle liti e di fare giustizia dopo un fatto lesivo attraverso il dialogo, il confronto, il mutuo riconoscimento⁷⁴. L'idea, cioè, che per *accordarsi* le persone non imparino solo a *fare i conti* e a *contarsi* bensì a scoprirsi appartenenti alla stessa *comunità di destino*⁷⁵.

Senza qui addentrarci in ambiti che sfuggono alla riflessione giuridica⁷⁶, basterà fare cenno ai soli aspetti rilevanti per lo sguardo del giurista. I programmi mediativi e riparatori (in ambito scolastico, familiare, sociale e comunitario, linguistico-culturale, penale) sono, infatti, interamente sorretti da logiche consensuali e dialogiche.

A differenza del processo ordinario, la mediazione è un percorso in cui non trovano spazio l'*autorità* e l'*imposizione* (il fattore-forza), ma proprio per questo tutto (coinvolgimento delle parti, procedura, esiti) è sorretto dalla libera volontà e dalle risorse cooperative degli interessati. Il perno di simili programmi sta precisamente nella «forza» *non affittiva* del consenso, nell'intreccio fecondo del libero impegno sostenuto da ferma volontà.

La mediazione rende possibile, infatti, il reciproco riconoscimento di chi è separato-unito da un conflitto attraverso la *parola* artefice di mutua comprensione. Altrove si è detto che la mediazione è un '*agorà*⁷⁷ – luogo simbolo della democrazia –, cioè uno spazio dove il conflitto viene superato (o gestito) *dialogando*.

Le linee-guida internazionali in materia di mediazione (particolarmente penale) sottolineano il principio della libera adesione dei confliggenti al programma⁷⁸: i percorsi mediativi sono *liberi* perché è nella facoltà degli

⁷⁴ Il tema è sviluppato in MAZZUCATO, *Politica criminale, democrazia, educazione*, Parte prima.
⁷⁵ E. MORIN, *La testa ben fatta. Riforma della scuola e riforma del pensiero*, Raffaello Cortina, Milano 2000, p. 67.

⁷⁶ Per i quali si rinvia agli altri, autorevoli, scritti in questo stesso volume.

⁷⁷ MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, p. 93.

⁷⁸ Cfr. Raccomandazione (99)19 del Consiglio d'Europa: «La partecipazione volontaria è un elemento indispensabile della mediazione in tutte le sue forme» poiché essa «non può riuscire che se le parti sono disposte a parteciparvi»; si raccomanda, inoltre, che le obbligazioni riparatrici vengano assunte «volontariamente» (art. 31).

interessati aderirvi o meno; sono *volontari* perché l'intero programma si regge completamente sulla sola volontà collaborativa delle parti essendo esclusa la dimensione autoritativo-decisionale del terzo (mediatore o facilitatore); sono *consensuali* perché ogni esito – materiale o simbolico, positivo o negativo – è frutto dell'incontro e dello scambio interpersonale.

Dove la controversia ha a che fare con la trasgressione di una norma, con un'offesa ingiusta e con un danno provocato, al dialogo «comprensivo» deve seguire un atto di riparazione, vale a dire – approssimativamente – un gesto o un comportamento *soggettivamente* determinati⁷⁹, capaci – per quanto possibile – di ripristinare, materialmente o moralmente, il *prima* e il *mai più* della lesione⁸⁰.

Ci si trova di fronte, così, a un rovesciamento di prospettiva: si sostituisce l'agire-subire-difendersi tipico del processo giurisdizionale (particolarmente quando vi è un illecito) con l'impegno fattivo, la partecipazione laboriosa, l'opera riparativa. Si sostituisce ultimamente la passività con l'*intrapresa*. Ritornando all'emblematico ambito penale, la «rivoluzione copernicana» appare ancora più distintamente: l'autore di un reato – nella perdurante logica repressiva – è di fatto un *oggetto* e non un *soggetto* dell'intervento giuridico; l'ordinamento – in tale ottica – ha bisogno – ancora oggi – del corpo del condannato⁸¹, non della sua personalità, delle sue risorse, delle sue capacità, della sua operosità. Se la giustizia è, come si diceva, ritorsione punitiva, l'ordinamento non ha nulla da chiedere al reo, perché per *infliggere* non c'è – ovviamente – bisogno della collaborazione né di un *facere* propositivo del colpevole. È il sistema stesso dunque che, recludendo in una passività oziosa, escludente e piena di sofferenza, impedisce all'autore di un'offesa di

⁷⁹ Questa è già una significativa differenza tra la riparazione e la prestazione punitiva: la seconda è determinata in modo oggettivo esclusivamente sulla base del fatto e dei suoi effetti, la prima è invece proposta in relazione ai valori e alle capacità concrete del soggetto che l'assume. Mentre una pena pecuniaria o un risarcimento economico possono rimanere in seguito per insolenza, la riparazione – come atto soggettivo – è sempre possibile.

⁸⁰ L'attività riparativa può consistere nelle restituzioni, nella prestazione di un'attività a favore della vittima, nelle scuse, in un gesto simbolico significativo per la storia delle parti, nel coinvolgimento in un programma umanitario o di volontariato, nel lavoro di pubblica utilità ecc.

⁸¹ Sono cambiati i *modi* ma non l'essenza del punire. È pur vero che – come ricorda FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 1976 – oggi la pena è soprattutto un'economia di diritti sospesi più che un accanimento sul corpo fisico del condannato, ma è altrettanto vero che tali diritti hanno un titolare in carne e ossa. L'oggetto della pena è, dunque, solo apparentemente più rarefatto: le celle delle prigioni contengono *persone* e non *diritti*, tanto da venir definite da Filippo Turati, nella celebre prolusione alla Camera dei Deputati del 1904, il *cimitero dei viventi*.

tenere una condotta densa di significato in grado di esprimere con fatti – non solo a parole o nella vita interiore (pur importanti) – la responsabilizzazione e la presa di distanza dalla lesione perpetrata e di consentire, quindi, un vero reinserimento sociale⁸². Le carceri con il loro carico di *morti viventi*⁸³ costringono all'aridità, all'impoverimento umano, all'ozio schiacciante, alla violenza distruttiva o autodistruttiva; questo dolore è quasi sempre sterile e incapace di motivare e realizzare un comportamento che – anche simbolicamente – si ponga all'estremo opposto dell'illecito commesso e sulla stessa linea, invece, del valore e del precetto trasgrediti.

Quest'assenza di collaborazione e operosità, unita alla fuga dal vero e dal «rispondere», lascia, per assurdo, indignati vittime e cittadinanza. Il senso di ingiustizia viene irrazionalmente (e superficialmente) domato attraverso la punizione, così che, ove questa manchi, pare mancare completamente la giustizia *tout court*.

La straordinaria novità della mediazione risiede nell'aver offerto al sistema penale (non all'ambito della *bonità* percepito giuridicamente irrillevante), la chance unica e finora in prevalenza sconosciuta di uno spazio per la responsabilizzazione *solidale* dell'autore di reato accompagnata, seguita e corrisposta dalla persona offesa e dalla collettività.

Tale chance sussiste ed esplica i suoi effetti solo se – e nella misura in cui – prevale la logica dell'*impegno* sulla logica della punizione. L'*insidia*, che si annida nell'apertura giurisprudenziale a simili pratiche, è la metamorfosi dell'incontro mediativo o dell'attività riparatoria in una prescrizione, in un obbligo, in un'opera *imposti* e non sponta-

⁸² Si osservi che negli istituti penitenziari italiani le attività trattamentali (lavoro, educazione, studio, cultura, sport, attività ricreative, religione, contatto con la famiglia e la comunità esterna), veri e propri diritti soggettivi del detenuto e obblighi per lo Stato, sono estremamente ridotte e poco significative (a causa della scarsità di personale educativo, di spazi e risorse, e a causa del cronico sovraffollamento): ciò è stato più volte oggetto di dure critiche anche da parte del Comitato per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti disumani e degradanti (CTP) del Consiglio d'Europa (che ha effettuato ispezioni nelle carceri italiane nel 1992, 1995, 2000. Il Rapporto del 1992 è pubblicato con il titolo *Il rapporto degli ispettori europei sullo stato delle carceri in Italia*, Sellerio, Palermo 1995; l'ultimo Rapporto del 2000 è da poco divenuto pubblico e può essere richiesto direttamente al CTP o consultato sul sito ufficiale www.ctp.coe.int). Per un'interessante sintesi dell'ultimo Rapporto si rinvia a S. SEGIO, *Una luce nel buio: il Rapporto del Comitato Europeo contro la tortura*, «Dignitas - Percorsi di carcere e di giustizia», 2003, 2, pp. 36 ss. L'assenza di attività rieducative comporta il fatto che le eventuali misure di favore, collegate *ex lege* ai progressi e alla partecipazione alle proposte di trattamento, vengano assunte in sostanza in base alla mera *buona condotta* (cioè alla mancata registrazione nel curriculum del detenuto di gravi trasgressioni al regolamento interno dell'istituto).

⁸³ Cfr. ancora la già citata prolusione di Turati.

neamente scelti, o peggio in una forma di *limite alla libertà personale* a integrazione di una qualche misura di favore (magari ritenuta in sé troppo blanda)⁸⁴. L'insidia consiste nella trasformazione dei *nuovi* modelli in ciò che di più *antico* conosce il diritto penale, la trasformazione di un'esperienza giocata sul fattore-consenso, in una *pena afflittiva* dominata dal fattore-forza.

Reintroducendo bilancia e spada si perde il carattere *trasformativo* (*creativo*) del modello e si ricade nei problemi e nei difetti già illustrati.

2.3.3. Una giustizia della «reliance»

La mediazione avviene in un contesto predisposto per rendere possibile un *incontro*. Nella confidenzialità, semplicità, *umiltà* della mediazione viene eliminato il giudizio per aprire uno spazio di *libertà*, nel quale le parti sono messe di fronte, per esprimersi, per parlarsi, per vedersi come dei *Tu*⁸⁵.

Il dialogo riesce infatti a oltrepassare il conflitto collocando le parti in uno spazio in cui, grazie all'*ontologia* dischiusa dall'opera sapiente dei mediatori a partire dai vissuti delle parti, emerge la loro somiglianza, la loro comunanza. Si tratta di un dialogo del tutto particolare: non un discorso, quanto una narrazione⁸⁶ e una rappresentazione⁸⁷ che pongono al cospetto di significati e valori «ultimi». La parola (dei mediatori)⁸⁸, prima, delle parti, poi) è una parola *evocativa* e non *dialettica*,

⁸⁴ È il grave rischio che si corre nella prassi applicativa di talune misure vigenti in cui – come si vedrà nel prossimo paragrafo – hanno trovato accoglienza i nuovi modelli di giustizia: si pensi, per esempio, all'affidamento in prova al servizio sociale, o alle attività di riparazione nella messa alla prova minorile che vengono talvolta *imposte* dal giudice proprio come una *pena* (in violazione altresì del principio di legalità che vuole le pene oggetto di previsione da parte della legge e non frutto della «fantasia» di qualche tribunale ordinario o di sorveglianza).

⁸⁵ Viene spontaneo utilizzare il linguaggio di Martin Buber il quale individua due possibili relazioni: quella tra un *io* e un *id* – un «ciò», un «lui» –, nella quale l'altro è oggettivo, «allontanato»; e quella (la relazione dialogica, propriamente umana ed etica) tra un *io* e un *tu*. Nel principio dialogico buberiano si rivela uno degli aspetti essenziali della mediazione: l'incontro stimola le parti a riconoscersi come esseri umani e non come antagonisti, cogliendo – reciprocamente – il nucleo autentico, personale di ciascuno. Cfr. M. BUBER, *Il principio dialogico*, Edizioni di Comunità, Milano 1959.

⁸⁶ Sulla *narrative mediation* si veda J. WINSLADE - G. MONK, *Narrative Mediation. A New Approach to Conflict Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco 2000.

⁸⁷ Sul secondo rapporto tra mediazione e teatro cfr. MORINAU, *L'esprit de la médiation*, pp. 77 ss. (in particolare sulle corrispondenze con la tragedia greca) e F. CANTALUPPI, *Mediazione e teatro*, in corso di pubblicazione in «Dignitas - Percorsi di carcere e di giustizia».

⁸⁸ Sul tema del linguaggio della mediazione, confrontato a quello del giudice, si veda, da ultimo, il saggio di E. RESTA, *Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice*, «Mediaries - Semestrale sulla mediazione», 2003, 1, p. 97.

una parola che non spiega e non interpreta, ma mette in campo gli *universali* dell'esperienza umana davanti ai quali c'è posto solo per una *diversità* da individualizzazione (non da contrapposizione). Ogni mediazione vede un progressivo passaggio dai fatti narrati, ai vissuti espressi, ai valori evocati. Tali valori ineriscono a un *Logos*⁸⁹ dell'esperienza umana individuale e collettiva, ai basilari sentimenti sociali che fanno da collante della civile convivenza, a un nocciolo duro di beni e diritti vitali per l'essere umano⁹⁰.

L'incontro mediativo consente a ciascuno di esprimere tali valori-beni-diritti e vederseli riconosciuti – dal mediatore, dall'altra parte – in modo individuale e *personalistico*: non, dunque, una mera ri-affermazione di tali entità valoriali, bensì il riconoscimento della loro declinazione storico-personale.

Al cospetto degli universali dell'esperienza umana, davanti al volto⁹¹ dell'avversario, divenuto improvvisamente *simile* a quello della controparte, non trova spazio la nozione di responsabilità inchiodata retrospettivamente sul fatto del passato. Ha qui accoglienza, piuttosto, il significato etimologico del termine: si è, cioè, chiamati a «rispondere gli uni verso gli altri»⁹².

Quest'ultimo aspetto è intriso di delicati risvolti giuridici, di seguito solo accennati. Da un lato, infatti, resta fermo il principio di colpevolenza: rispondo *verso* l'altro solo per ciò che mi è attribuibile colpevolmente; dall'altro, però, l'appello che si dipinge sul volto del mio avversario richiede un riconoscimento⁹³ *incondizionato* che trascende ogni colpevolezza: è in gioco, infatti, il riconoscimento – meta-giuridico –

⁸⁹ Il termine viene qui usato per identificare il concetto di *universale necessario*: sul punto cfr. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Logos dell'essere. Logos della norma*.

⁹⁰ I sentimenti sociali e i valori espressi dalle parti in mediazione sono ricorrenti; spesso i mediatori si imbattono nel tema della fiducia, della fedeltà, del rispetto, della dignità, del non tradimento, del bisogno dello spazio, della paura e della sofferenza per la separazione, fino ai grandi universali dell'amore, del compimento umano, della vita e della morte.

⁹¹ Cfr., per l'approfondimento, MAZZUCATO, *L'universale necessario della pacificazione*, pp. 1247-1250.

⁹² Cfr. CERETTI, *Come pensa il Tribunale per i Minorenni*, p. 204: «La responsabilità, ogni volta che si parla di mediazione, non ha più a che fare con l'essere "responsabili di" qualcosa e "per" qualcosa, ma è intesa come un *percorso* che conduce i soggetti in conflitto a essere "responsabili verso" (a rispondere l'uno verso l'altro). Il percorso inizia con l'ascolto di se stessi e dell'altro, un ascolto che crea e produce una conoscenza del proprio interlocutore perché avviene all'interno di una *relazione* che si costruisce alla presenza di un terzo» (corsivi dell'autore).

⁹³ Sul tema del riconoscimento, cfr. CERETTI, *Vita offesa, lotta per il riconoscimento e mediazione*, in particolare pp. 57 ss.

della somiglianza ontologica. Si osservi che, se la responsabilità si declina come un «appello-risposta», ciò che vi segue si configura necessariamente come un *offrire propositivo*, non un *subire passivo*. Alla domanda dell'Altro si risponde fattivamente. In altre parole, mentre la responsabilità *per un fatto* apre la via alla sanzione, la responsabilità *verso* qualcuno è costruttiva e dischiude molte possibilità. Laddove l'appello del volto dell'altro attiene alla ferita e alla frattura prodotta da un'offesa, la risposta non può che prendere le forme dell'atto riparativo.

Riparare l'offesa, risarcire la ferita, ripristinare o costruire la relazione: prende corpo la giustizia della *reliance*, una giustizia che tiene ai legami familiari, sociali e di cittadinanza e mira a fare tutto il possibile – in modo consensuale e democratico – per non interromperli, non reciderli.

2.3.4. Una giustizia della norma svelata

Un ultimo aspetto giuridicamente significativo riguarda il ruolo delle norme all'interno delle pratiche di mediazione. Si è già anticipato che tali pratiche non vogliono collocarsi in alternativa radicale al diritto e ai suoi strumenti, ma porsi invece «*all'insegna della legge*»⁹⁴.

In primo luogo, la mediazione – a prescindere dall'ambito – ospita sempre, fra gli altri, alcuni *universali giuridici*, primo fra tutti il tema «è giusto», «non è giusto»; «è dovuto», «non è dovuto». Le parti si confrontano spesso sulla *doverosità*, *legittimità*, *correttezza* di un certo comportamento. In alcuni settori specifici, in *primis* quello penale, l'«incontro»⁹⁵ con la norma e l'ordinamento sono poi obbligati, la riflessione sulla condotta antiggiuridica è un passaggio-chiave, il ripristino della scelta di rispetto della regola violata un esito fondamentale.

L'elemento interessante e innovativo – a parere di chi scrive – risiede, però, nel significato e nel valore acquisiti dalla norma. I programmi di mediazione danno cittadinanza a una concezione del diritto *sostanzialistica* e *minimamente impositiva-repressiva*. L'offesa e l'ingiustizia non sono mai ricondotte *solo* alla mera trasgressione della legge (anche perché per la vittima e la collettività è sempre in gioco ben di più che una regola infranta). Diviene cruciale, piuttosto, la sostanza – pericolosa e lesiva – dell'agire antiggiuridico (cosa di per sé non nuova, peraltro, e

pienamente in linea con gli assunti della dottrina penalistica)⁹⁶. La riflessione prende vie inesplorate, però, quando intende richiamare simile *concretezza* – «all'insegna», appunto, della legge – agli occhi stessi del trasgressore e con modalità *non punitive*, per *motivare* l'adesione spontanea alla norma: ciò è reso possibile dalla dinamica interpersonale che si instaura in mediazione. La vittima, l'offeso, il soggetto della prevaticazione sono portatori storici e reali del bene-diritto-valore cristallizzato in via generale e astratta nel precetto normativo (non uccidere, non ingiuriare, non violare i patti, non disattendere le promesse ecc.) e del soggetto che ne è titolare. L'appello che chiama a rispondere riguarda il soggetto, non tanto e non solo della regola, quanto dell'oggetto valoriale della medesima (la vita, la libertà, l'onore, la reputazione, la proprietà ecc.) e del soggetto che ne è titolare. L'appello evoca quel *di più*, quell'eccedenza dalla trasgressione normativa, al cui servizio è posto l'ordinamento. Inoltre, grazie al palesarsi della *somiglianza* umana tra le parti, il contenuto della norma si estende a *includere* nella protezione offerta dal diritto anche il trasgressore che, al pari della vittima, può pretendere e ottenere – verso di sé – analogo rispetto.

Emerge così il profilo giuridico della *reliance*.

Ritorna infine l'idea, già espressa nelle pagine precedenti, di un diritto che, grazie ai suoi precetti, orienta le condotte e motiva i comportamenti senza ricorrere al fattore-forza.

Le pratiche di mediazione implicano, quindi, un interessante spazio progettuale di educazione civica alla legalità, privo di insidiosi paternalismi e moralismi, o peggio, di drammatiche derive verso l'autorità.

3. Una piccola geografia giuridica della giustizia alternativa

3.1. Norme della mediazione, norme per la mediazione

Sarà chiaro ormai al lettore, dalle pur brevi considerazioni che precedono, che ragionare in termini giuridici sulle pratiche di mediazione-riparazione non significa svolgere digressioni tecniche su norme specifiche.

Le norme *della* mediazione sono le fonti e i rami dell'ordinamento che riconoscono e proteggono i diritti inviolabili dell'essere umano e

⁹⁶ Il reato è offesa, lesione, messa in pericolo di beni giuridici fondamentali: cfr., per una trattazione completa, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 1999; nonché G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 311 ss.

⁹⁴ Id., *Mediazione penale e giustizia*, p. 761 (corsi nostri).

⁹⁵ Cfr. ancora *ibidem*.

prevedono i fondamentali principi di garanzia per la libertà. Sono principalmente le norme *preceptive* e *programmatiche* che reggono la civiltà democratica (il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto costituzionale, la parte precettiva – non sanzionatoria – del diritto penale). È con simili disposizioni che – senza formalità, talvolta anche senza consapevolezza – i mediatori hanno quotidianamente a che fare.

Le norme *per la* mediazione, cioè le disposizioni regolative e istitutive di programmi di giustizia alternativa, sono ancora relativamente poche. Ciò pare dipendere da varie ragioni.

In Italia è a lungo mancata *completamente* una cultura della (ri)conciliazione: le norme processuali che impongono (o impongono) il tentativo di conciliazione sono spesso rimaste lettera morta; si è ravvisata poi la mancanza di «vere» procedure alternative *reconciliative* istituzionalizzate; al ritardo organizzativo si è, infine, aggiunta una radicata diffidenza degli «utenti» nonché la «forte tendenza a definire in modo “contenzioso” le controversie»⁹⁷, a partire da quelle civili. È sempre esistita, cioè, un'indifferenziazione nella risposta alle richieste di giustizia; il processo ordinario ha sempre avuto un ruolo egemone.

Si è poi sentito fortemente il bisogno di garantire la fedeltà al modello informale, «dal basso», accessibile, non tecnico, semplice. Un elefantiaco diritto per la mediazione porterebbe a soffocarne lo spirito e la *ratio*.

Vi è – a nostro avviso – un livello ancora più profondo: è talmente radicata l'idea che il diritto sia principalmente imposizione e afflizione, che la cultura giuridica stenta a trovare le strade per dar vita a un diritto promozionale, orientativo, non imperativo. Si potrebbe ipotizzare che il diritto *per* la mediazione assomigli più alle disposizioni programmatiche di un documento sui diritti umani che alle norme ultratecniche di un codice di procedura, pur essendo però insieme pragmatico, direttamente spendibile nella comunità e con immediate ripercussioni operative.

L'accorgersi recente, da parte della dottrina e soprattutto della giurisprudenza, del dibattito sulla giustizia alternativa e riparativa, ha condotto a «recuperare» in un'ottica mediatrice e riparativa norme risalenti nel tempo, permeate di logiche affatto diverse. Taluni ritengono, forse a ragione, che per il nostro Paese è ancora presto per cristallizzare in fonti normative l'esperienza neonata della mediazione (familiare, comunitaria, penale). Per riuscire a dotarsi di una produzione legislativa ade-

⁹⁷ Cfr. CAPPONI, *Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, p. 366.

guata e «non soffocante» è prima necessario che la *cultura* attecchisca, temprata e collaudata dall'esperienza, così da infondere alle nuove leggi *per* la mediazione la giusta prospettiva di fondo, i corretti obiettivi di politica del diritto.

Ciò che conta, allo stato, ci pare essere lo spirito «fresco» e culturalmente «nuovo» che le pratiche di mediazione infondono all'ordinamento ancora piuttosto chiuso, come si diceva, nella ricerca di altre – diverse – risposte alle domande difficili.

Verranno di seguito presentate brevemente alcune fonti normative, internazionali e locali, da collocare sullo sfondo «non riduttivo» che ci si è sforzati fin qui di tratteggiare. Verrà privilegiato l'ambito penalistico, essendo insieme paradigmatico e di frontiera: se l'ordinamento riesce a dare accoglienza alla mediazione tra reo e vittima, *a fortiori* lo si potrà fare – anche interpretando estensivamente eventuali norme – per i conflitti di vicinato e di quartiere o per i problemi di bullismo a scuola.

3.2. Un cenno al panorama internazionale⁹⁸

L'importanza di procedure non giudiziarie di composizione dei conflitti è stata sottolineata in varie sedi dalla comunità internazionale. Si assiste anzi, negli ultimi vent'anni, a una crescente attenzione istituzionale, cui si accompagna un'interessante produzione normativa e un ancor più significativo delinarsi di principi e *buone pratiche* guidate. Fra i più importanti promotori dei nuovi modelli si devono annoverare, infatti, il Consiglio d'Europa e le Nazioni Unite, raggiunte oggi anche dall'Unione europea. Tali organismi recepiscono saggiamente alcune esperienze, raccolgono le spinte innovatrici del mondo scientifico e le cristallizzano in testi ufficiali che offrono ai singoli Stati, ai legislatori, agli studiosi e ai pratici, indicazioni preziose, sollecitazioni opportune, binari sicuri per dare avvio o migliorare i sistemi esistenti.

Ripercorriamo brevemente alcuni dei principali documenti ufficiali degli enti internazionali sulla materia che ci occupa.

⁹⁸ I documenti ufficiali citati, oltre alle indicazioni bibliografiche fornite, sono comunque reperibili nei siti delle Nazioni Unite (www.un.org) e del Consiglio d'Europa (www.coe.int). Interessante documentazione è poi consultabile su www.restorativejustice.org, sito specializzato sulla giustizia riparativa, penale e comunitaria. Alcuni testi, tradotti in italiano, si rinvengono, infine, nel sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it. Le traduzioni nel testo, ove sia assente una traduzione ufficiale, sono tutte a cura dell'autrice. Si rinvia, per una trattazione più approfondita, a MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*.

Fra le indicazioni emerse, già nel 1985, dal VII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti⁹⁹, molte riguardano proprio la «previsione di procedure conciliative per garantire un migliore accesso alla giustizia»¹⁰⁰, la «partecipazione della collettività» al sistema penale attraverso «sistemi non giudiziari di risoluzione delle controversie improntati alla mediazione»¹⁰¹, il riconoscimento del diritto della vittima alla riparazione (e il corrispondente obbligo in capo al reo) attraverso mezzi anche «non giudiziari come la mediazione, l'arbitrato o pratiche consuetudinarie»¹⁰².

Ancora le Nazioni Unite, nelle *Regole minime concernenti l'amministrazione della giustizia per i minori* (cosiddette «Regole di Pechino», del 1985)¹⁰³, affermano la necessità del «ricorso a mezzi extragiudiziali» in qualsiasi stato e grado del procedimento, per evitare le «conseguenze negative di una procedura giudiziaria normale», indirizzando il minore verso risposte al reato di tipo restitutivo/riparativo (art. 11).

La *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini*¹⁰⁴ incoraggia l'introduzione e l'uso della mediazione (art. 13)¹⁰⁵, e la *Raccomandazione (87)20* del Consiglio d'Europa¹⁰⁶ richiama la necessità della «ricomposizione del conflitto» al fine di «evitare ai minori la presa in carico da parte del sistema di giustizia penale e le conseguenze che ne derivano».

⁹⁹ ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE, *VII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti* (Milano 1985), ONU, New York 1986.

¹⁰⁰ «Principes directeurs relatifs à la prévention du crime et à la justice pénale dans le contexte du développement et d'un nouvel ordre économique international», punto 27: *Libre accès au système judiciaire*.

¹⁰¹ «Principes directeurs relatifs à la prévention du crime et à la justice pénale dans le contexte du développement et d'un nouvel ordre économique international», punto 28: *Participation de la collectivité*.

¹⁰² «Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir», punti 4, 5, 7.

¹⁰³ ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE (1985b), *Ensemble des Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour les mineurs (Règles de Beijing)*, ONU, New York 1986.

¹⁰⁴ CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei bambini*, Strasburgo 1996, consultabile in www.giustizia.it - www.coe.int.

¹⁰⁵ Art. 13 «Mediazione e altri metodi di risoluzione dei conflitti. Al fine di prevenire o risolvere i conflitti, ed evitare procedimenti che coinvolgano i bambini davanti a un'autorità giudiziaria, le Parti incoraggiano l'applicazione della mediazione e di ogni altro metodo di risoluzione dei conflitti e il loro utilizzo per addivenire a un accordo, nei casi appropriati determinati dalle Parti».

¹⁰⁶ Raccomandazione n. 20 del 1987, art. 2; sul punto si veda M. BOUCHARD, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, «Questione Giustizia», 1995, p. 887.

Più in generale, poi, altre Raccomandazioni del Consiglio d'Europa in tema di tutela della vittima (Racc. (85)11¹⁰⁷ e (87)21¹⁰⁸), semplificazione e riforma del sistema penale (Racc. (87)18¹⁰⁹, 17¹¹⁰, (95)12¹¹¹), coinvolgimento della comunità nella prevenzione dei reati (92)16¹¹²), si occupano del ricorso alle procedure di mediazione, non solo penale¹¹³.

Più recentemente, in seno all'Unione europea, la Commissione ha predisposto un interessante documento rivolto alla tutela delle vittime¹¹⁴, nel quale si sollecita lo studio e la sperimentazione di «ulteriori possibilità di mediazione vittima-reo, tenendo conto in particolare degli interessi delle vittime», nonché la definizione di «modalità pratiche di mediazione».

Giustizia riparativa e mediazione sono progressivamente divenute «oggetto» autonomo – cui è dedicato uno spazio *ad hoc* – di numerosi atti degli organismi internazionali, segno del diffondersi della cultura e dell'interesse (scientifico e pratico) per tali strumenti.

Il riconoscimento iniziale ha riguardato la mediazione familiare, non a caso la forma di intervento che per prima ha preso avvio nel nostro Paese¹¹⁵: a essa è dedicata la *Raccomandazione (98)1*¹¹⁶ del Consiglio d'Europa.

Della mediazione reo/vittima e dei programmi di giustizia riparativa in ambito penale si occupano invece, di recente, Consiglio d'Europa e Nazioni Unite. Si fa riferimento in particolare alla *Raccomandazione (99)19*, del settembre del 1999, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e concernente la *Médiation en matière pénale* e la

¹⁰⁷ *Raccomandazione n. 11 del 1985 sulla posizione della vittima nel contesto del diritto penale e della procedura penale*.

¹⁰⁸ *Raccomandazione n. 21 del 1987 sull'assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione*.

¹⁰⁹ *Raccomandazione n. 18 del 1987 sulla semplificazione della giustizia penale*.

¹¹⁰ *Raccomandazione n. 17 del 1992 sulla commisurazione della pena e sul sistema sanzionatorio*.

¹¹¹ *Raccomandazione n. 12 del 1995 sull'amministrazione della giustizia penale*.

¹¹² *Raccomandazione n. 16 del 1992 sulle regole europee sulle sanzioni e misure applicate nella comunità*.

¹¹³ Per quanto concerne le controversie civili e commerciali, l'Unione europea ha predisposto da tempo il già citato *Libro Verde*.

¹¹⁴ UNIONE EUROPEA - COMMISSIONE EUROPEA, *Vittime di reati nell'Unione europea. Riflessioni sul quadro normativo e sulla misure da prendere*, 1999, riportato anche in LUISSON-LIACI (a cura di), *Mediazione sociale e sociologia*, pp. 273 ss.

¹¹⁵ Si rinvia per l'approfondimento e per la bibliografia ai saggi dedicati al tema in questo stesso volume.

¹¹⁶ *Raccomandazione n. 1 del 1998 sulla mediazione familiare*.

*Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*¹¹⁷ elaborata dalle Nazioni Unite nel corso del X Congresso sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti¹¹⁸.

La comunità internazionale ha recepito, all'interno della locuzione «programmi di giustizia riparativa», molte esperienze di gestione e componimento comunitario dei conflitti, degne di grande attenzione: così nei *Basic Principles* viene definito riparativo ogni procedimento «in cui la vittima, il reo e/o altri soggetti o membri della comunità lesi da un reato partecipano attivamente insieme alla risoluzione della questione emersa dall'illecito, spesso con l'aiuto di un terzo equo e imparziale»; rientrano pertanto nella definizione – oltre alla mediazione tra reo e vittima – i *Family Group Conferencing*, i *Community Restorative Boards*, i *Community/Neighborhood Victim Impact Statements* e altri¹¹⁹; vengono assimilati al modello riparativo anche i lavori socialmente utili, la prestazione di attività gratuita a favore della collettività, le restituzioni¹²⁰.

Sulla mediazione sociale si richiamano le raccomandazioni espresse dal comitato di esperti di iniziativa europea nel 2000, in cui si sottolinea l'attitudine (dello strumento) alla «creazione e riparazione dei

¹¹⁷ La proposta di *Declaration of Basic Principles* è stata adottata dalla IX Sessione della Commissione sulla Prevenzione del Crimine e sulla Giustizia penale e dal Consiglio economico e sociale. Sul punto cfr. G. MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della Dichiarazione di Vienna*, «Rassegna penitenziaria e criminologica», 2000, pp. 10 ss., nonché A. CERETTI - G. MANNOZZI, *Restorative Justice. Theoretical Aspects and Applied Models*, in *Offenders and Victims: Accountability and Fairness in the Justice Process. Contribution to the Xth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Vienna, 10-17.04.00, A/Conf.187/NGO.1., inedito. Si veda anche A. CERETTI - F. DI CIÒ - G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Guerini e Associati, Milano 2001, pp. 307 ss.

¹¹⁸ Oltre agli atti normativi degli organismi internazionali, si ricordano in prospettiva comparatistica altri documenti a sostegno della giustizia riparativa: cfr., per esempio, il documento dell'*American Bar Association su Victim/Offender Mediation/Dialogue* del 1994, contenente una serie di raccomandazioni e principi fondamentali per l'introduzione e l'incoaggiamento di programmi di mediazione penale; la *Dichiarazione di Lovanio*, elaborata nella *I International Conference on «Restorative Justice for Juvenile. Potentialities, Risks, and Problems for Research»* del 1997, e le *Recommended Ethical Guidelines* della *Victim/Offender Mediation Association* statunitense del 1998.

¹¹⁹ Sul punto si rinvia nuovamente a CERETTI - DI CIÒ - MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, pp. 313 ss.; nonché a UMBRETT, *The Handbook of Victim Offender Mediation*, pp. 303 ss.

¹²⁰ *Basic Principles, Annex. I. Definitions*, art. 2.

legami sociali» e alla «regolazione dei conflitti della vita quotidiana»¹²¹.

Non è questa la sede per entrare nel merito delle singole disposizioni citate; basterà qui indicare la direttrice di fondo. Emerge in modo vivido la scelta di campo della comunità internazionale per pratiche di mediazione che si collocano al livello della *giustizia creativa* che sopra abbiamo descritto. La lettura attenta dei commenti alle raccomandazioni, degli *exposé des motifs*, mostra inequivocabilmente, infatti, una certa sfiducia per i modelli negoziali e una chiara predilezione per quelli umanistici. Ricorrono poi, nonostante le diversità di ambito e i particolari smi settoriali, alcuni principi condivisi e unitari: la libertà-volontarietà del procedimento, il carattere confidenziale dello spazio protetto, la dimensione non privatistica delle attività, il requisito della preparazione e competenza dei mediatori, il coordinamento con il sistema della giustizia tradizionale, l'integrazione dei servizi mediativi con le «reti» formali e informali, la necessità di monitoraggio e verifiche costanti sui programmi e i relativi esiti.

Per Paesi come il nostro, in cui ancora manca un vero diritto per la mediazione, le indicazioni internazionali costituiscono uno spunto importante e un criterio orientativo per il legislatore, gli enti pubblici che vogliono istituire programmi e chi si dedica all'applicazione pratica. I principi generali espressi nelle raccomandazioni possono poi divenire utili canoni interpretativi delle norme già vigenti, laddove queste ultime si aprono alla giustizia riparativa o lasciano intravedere – come subito si vedrà – spazi operativi prima impensabili.

Gli atti del Consiglio d'Europa, delle Nazioni Unite e dell'Unione europea, seppure non vincolanti rispetto alla legislazione interna, condensano esperienze *collaudate* grazie all'approfondimento scientifico e al prezioso confronto anche interculturale: «Il valore o il potere di questi documenti risiede ultimamente nello statuto morale, nella reputazione e nella forza persuasiva»¹²² degli organismi umanitari che li hanno redatti. Discostarsi da simili indicazioni, nelle prassi o leggi

¹²¹ Cfr. UNIONE EUROPEA, Seminario europeo su *Médiation sociale et nouveaux modes de résolution des conflits de la vie quotidienne*, svoltosi sotto il semestre di Presidenza francese, a Créteil il 22-23 settembre 2000, in particolare punto 1. Definizioni: gli atti sono consultabili sul sito www.ville.gouv.fr (il testo è interamente riportato in lingua italiana in LUISON - LIACI, *Mediazione sociale e sociologia*, p. 269). Si veda sul punto il commento *Riflessioni sulle Politiche del Diritto in materia di mediazione. Nota a commento, editoriale* in «Mediators - Semestrale sulla mediazione», 2003, 1, pp. 190 ss.

¹²² Cfr. C. PELIKAN, *Council of Europe Recommendation n. R. (99)19 concerning Mediation in Penal Matters*, United Nations Crime Congress: Ancillary Meeting, Vienna 2000, in www.restorativejustice.org, p. 1.

interne degli Stati, deve essere giustificato da motivi ragionevoli e ben ponderati. Uniformarsi criticamente e costruttivamente, invece, è il segno del coinvolgimento nell'elaborazione di nuove strategie di politica del diritto.

3.3. Un cenno al panorama nazionale

Proseguendo il viaggio nei «territori» giuridici dedicati alle pratiche di mediazione, è venuto il momento di percorrere il «cammino» italiano.

Si è già accennato alle disposizioni che prevedono la *conciliazione* – come modello transattivo giudiziale o extragiudiziale; di seguito ci si riferirà, invece, in modo esclusivo alle pratiche mediatricie.

Le norme vigenti in tema di mediazione sono, a dir poco, esigue: l'unico esplicito riferimento alla categoria è contenuto nella legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace¹²³, dove si prevede la facoltà di avvalersi di «centri pubblici o privati di mediazione» per i reati procedibili a querela di parte (art. 29) e si dà rilievo specifico alla «condotta riparatoria» del colpevole ai fini dell'estinzione del reato (art. 35).

Le esperienze di mediazione hanno però trovato spazio – *all'insegna della legge* – nel diritto processuale e sostanziale – civile, penale, amministrativo –, laddove si dava rilevanza giuridica ad aperture in senso lato conciliative, alla rieducazione del reo o in generale a una sua *operosità* costruttiva, a dimensioni *premierali* collegate direttamente al comportamento positivo del destinatario della norma.

Ecco allora che la mediazione familiare ha trovato posto nei procedimenti di separazione-divorzio, nei provvedimenti dei Tribunali per i Minorenni relativi al controllo sulla potestà genitoriale e sull'affidamento dei figli naturali; la mediazione penale è stata accolta nel sistema penale minorile fortemente orientato al recupero educativo del giovane imputato¹²⁴ e sta ora incidendo sulla prassi applicativa dei Tribunali di sorveglianza in merito alle misure alternative alla detenzione¹²⁵; la mediazione sociale ha cominciato a farsi strada negli interventi svolti

¹²³ D.Lgs. 28 agosto 2000 n. 274, «Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace».

¹²⁴ Sulla mediazione in ambito minorile, cfr., per tutti, i saggi raccolti da L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile* Cedam, Padova 1998 e in AA.VV., *La mediazione in ambito minorile: applicazioni e prospettive. Atti del Seminario di Studi a cura dell'Ufficio Centrale Giustizia Minorile*, Franco Angeli, Milano 1999.

¹²⁵ Si vedano i risultati di una ricerca condotta dalla Commissione di Studio del Ministero della Giustizia/Dipartimento Amministrazione Penitenziaria su *Mediazione penale e giustizia riparativa*, in www.giustizia.it, Pianeta carcere – Misure alternative.

in collaborazione con le polizie municipali e di Stato nell'ambito delle politiche per la sicurezza urbana¹²⁶, la mediazione scolastica si sta affacciando timidamente nei progetti formativi delle scuole¹²⁷.

Quanto all'ambito penale, la porta di ingresso delle pratiche di mediazione nel processo minorile è stato l'art. 9 del D.P.R. 448/88 in tema di accertamento della personalità del minore: la norma sottende «una concezione «dinamica» della personalità del minore...», all'interno della quale la disponibilità a «fare» qualcosa in favore della vittima o a confrontarsi con essa può costituire un criterio di valutazione¹²⁸. Il giudice minorile deve, infatti, progettare un intervento educativo modellato sulle caratteristiche, risorse, capacità e condizioni del giovane reo. La mediazione si è subito posta come modalità educativa responsabilizzante (nel senso illustrato nelle pagine precedenti), attenda anche all'accoglienza della persona offesa dal reato (che non può – nel procedimento a carico di minorenni – costituirsi parte civile). All'esito della mediazione l'autorità giudiziaria tende ad applicare una misura di favore (irrilevanza del fatto, messa alla prova, perdono giudiziale, sanzioni sostitutive), a seconda della gravità del fatto e delle esigenze del minore. L'istituto innovativo della messa alla prova ha poi introdotto nell'ordinamento giuridico italiano la possibilità di sostituire alla pena, per qualsiasi illecito – anche gravissimo –, un percorso impegnativo e motivante di recupero: in seno alla prova trovano posto sia l'incontro mediatico che eventuali condotte – materiali e simboliche – di riparazione nei confronti della vittima o della collettività.

Si è appena ricordata la legge sul giudice di pace che introduce la possibilità di una mediazione in senso stretto tra querelante e querelato. La legge non disciplina il programma di mediazione, affidato, dunque, nei suoi risvolti operativi concreti, alla prassi e alle capacità progettuali dei singoli uffici o servizi, ma – molto opportunamente – non dimentica di prevedere la *confidenzialità* dell'incontro tra reo e vittima. Le dichiarazioni rese dalle parti in mediazione non sono utilizzabili *ex lege* ai fini del giudizio.

È bene, però, sottolineare come un simile quadro formale non sia

¹²⁶ Cfr. R. CORNELLI, *La mediazione dei conflitti nell'ambito delle politiche di sicurezza urbana*, «Mediaries - Semestrale sulla mediazione», 2003, 1, pp. 63 ss.

¹²⁷ Cfr., per tutti, i saggi raccolti da PISAPIA - ANTONUCCI, *La sfida della mediazione*, nonché in SCAPARRO, *Il coraggio di mediare*.

¹²⁸ Cfr. UFFICIO CENTRALE GIUSTIZIA MINORILE - MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Ipotesi di attuazione di programmi di mediazione nell'ambito del D.P.R. 448/88*, 1.4.1996, inedito.

l'unico possibile per l'ingresso della mediazione: la nuova normativa sul giudice di pace – destinata alla prevenzione della microcriminalità comune – infatti è intrisa dello spirito dei nuovi modelli di giustizia, dell'instaurazione anche in ambito penale di una giustizia più flessibile, vicina alle parti, attenta alla ricerca di modalità significative ma non stigmatizzanti di risposta al reato, tesa al contempo a soddisfare gli interessi della persona offesa. Basti pensare che l'art. 2 co. 2 del Decreto istitutivo prevede, come principio *generale*, la necessità di «favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti»¹²⁹.

Più in generale, il D.Lgs. 274/00 è interessante in quanto vera e propria svolta epocale – pur fatta *sotto voce*: per la prima volta, nell'ordinamento italiano, viene superato il carattere monosanzionatorio del sistema penale e introdotto un più moderno pluralismo delle pene configurate, fin dall'inizio, come pene principali non detentive e non stigmatizzanti. Entro i limiti delle nuove misure – scarsamente repressive e significativamente volte al recupero e al reinserimento sociale del reo adulto – vi sono ampi spazi – tutti da esplorare e collaudare – per la giustizia riparativa. Si pensi alla previsione della condotta riparatoria come causa estintiva del reato (art. 35), o al lavoro gratuito a favore della collettività su richiesta del condannato quale misura di risposta all'illecito (art. 54).

Si assiste oggi a un progressivo farsi strada delle prassi riparatorie anche in altri contesti: la Magistratura ordinaria e di sorveglianza e i servizi sociali dell'Amministrazione della Giustizia¹³⁰ sono sempre più *sensibili* a queste tematiche e cominciano a farle proprie, aprendo ulteriori spazi di mediazione-riparazione: si pensi, per esempio, all'uso in chiave *riparatoria* di talune prescrizioni nell'affidamento in prova al servizio sociale¹³¹, alle possibili aperture in materia di sospensione con-

¹²⁹ Sul significato della disposizione cfr. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo*, pp. 60 ss.

¹³⁰ Si fa riferimento in particolare agli Uffici di Servizio Sociale per i Minorenni (dipendenti dal Dipartimento Giustizia Minorile) e ai Centri di Servizio Sociale per Adulti (dipendenti dal Dipartimento Amministrazione Penitenziaria): per un quadro dell'organizzazione dei servizi si consiglia la consultazione del sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it.
¹³¹ L'art. 47 co. 7 Ordinarmento penitenziario (L. 354/1975 e succ. modifiche) prevede che l'affidato «si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato». Sul punto si veda l'unica indagine finora condotta a opera della citata Commissione di Studio su *Mediazione penale e giustizia riparativa* del Ministero della Giustizia, Dipartimento Amministrazione Penitenziaria pubblicata on-line su www.giustizia.it - Pianeta carcere.

dizionale della pena¹³², oblazione¹³³, liberazione condizionale¹³⁴.

Per quanto concerne, invece, la mediazione sociale e comunitaria, si ricorda che fin dal primo Novecento il Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza prevede la «*bonaria composizione dei dissidi privati*»¹³⁵: si tratta di una forma di intervento mediativo *ante litteram*. È pur vero che il compito di risolvere la lite è qui demandato, non alla comunità, ma alle *agenzie del controllo formale*, mettendo in conto quindi che esse facciano uso dell'ascendente che deriva dall'autorità (e dal correlato potere impositivo); ma è altresì vero che la legge, pur antica, apre uno spazio significativo all'ingresso del *buon senso* calato «in situazione» e di un sano pragmatismo civico. Molti progetti di mediazione sociale hanno preso avvio da protocolli di intesa con le forze dell'ordine, dando vita a una sorta di *delega* comunitaria nella «bonaria composizione» dei conflitti, una delega che realizza quell'*empowerment* sociale tanto sollecitato dalla corrente dell'ADR.

Un'ultima tappa del cammino italiano alla scoperta del diritto per la mediazione è costituita dallo *Statuto delle studentesse e degli studenti* al cui art. 4 si enuncia un principio generale in tema di sanzioni disciplinari: queste ultime devono ispirarsi, «per quanto possibile, al principio della *riparazione del danno*». Inoltre «allo studente è sempre offerta la possibilità di convertirle in attività in favore della comunità scolastica».

Si tratta di una norma purtroppo ancora poco o nulla utilizzata che consentirebbe, invece, l'ingresso alle forme *moderne* di giustizia anche

¹³² La sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 165 c.p., può essere fra l'altro subordinata «all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, ...del risarcimento del danno... e all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato».

¹³³ In tema di oblazione speciale (art. 162 bis c.p.), il Codice penale prevede che il beneficio non possa essere concesso se «permangono conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore».

¹³⁴ L'ammissione alla liberazione condizionale è «subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato» e al «sicuro ravvedimento» del condannato: art. 176 c.p.
¹³⁵ Cfr. l'art. 1 T.U.L.P.S.: «L'autorità pubblica veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà... Per mezzo dei suoi ufficiali e a richiesta delle parti provvede alla *bonaria composizione* dei dissidi privati; cfr. altresì il relativo Regolamento di attuazione, artt. 5-6: «Per la composizione dei dissidi privati, l'autorità di P.S. invita le parti a comparire dinanzi ad essa in un termine congruo per il tentativo di conciliazione», «L'autorità di P.S. chiarisce alle parti la questione di fatto e i principi di diritto ad essa applicabili senza imporre il suo giudizio e [...] adotta, ove sia il caso, o un provvedimento conservativo di soddisfazione delle parti in contesa o un temperamento di equità che valga a prevenire eventuali incidenti. Del procedimento [...] si stende processo verbale, ove lo si ritenga necessario. Il processo verbale [...] può essere prodotto e fa fede in giudizio, avendo valore di scrittura privata riconosciuta...».

a scuola, l'introduzione di programmi di mediazione tra studenti, corpo docente e personale non docente. Troppo spesso, infatti, anche il mondo dell'istruzione tende a chiudersi davanti alle domande «difficili», così che, all'accadere di un gesto offensivo, lesivo o trasgressivo dello studente, l'istituzione tende a replicare il modello della bilancia e della spada qui tanto criticato: «fin dalla più tenera età veniamo motivati ad agire sulla base di gratificazioni e punizioni; nella nostra memoria resta indelebile l'immagine di lavagne reali o metaforiche contenenti l'elenco dei buoni e quello dei cattivi»¹³⁶.

Non è un caso che si sia voluto concludere questa riflessione con il tema della giustizia a scuola: il cambiamento di paradigma, la piccola – significativa – rivoluzione messa in luce dalle pratiche di mediazione è prima di tutto una questione di cultura, di orizzonte, di sguardo.

È necessario *educare* alla giustizia dell'aratro, alla giustizia che riunisce e ri-lega ciò che era diviso. Il compito, nell'esperienza di chi scrive, non è «difficile», come lo sono invece le complesse questioni sullo sfondo; il compito è faticoso (il che è diverso) e si può procedere solo sommessamente e a piccoli passi.

Chi si avvicina a questa esperienza avrà presto modo di incontrare (e constatare) – anche contro ogni apparente evidenza sociale – la sete per una giustizia diversa che sappia riconoscere la sofferenza, il diffuso desiderio di abbandonare la bilancia e la spada, l'aspirazione umana a trovare qualcosa di meglio della sterile compensazione del male.

¹³⁶ EUSEBI, *Quale giustizia per la pace*, p. 10.