

## DALLA PENA PERDUTA ALLA PENA RITROVATA? RIFLESSIONI SU UNA “RECHERCHE”

MASSIMO PAVARINI \*

SOMMARIO: 1. Dagli antipodi del mondo. – 2. Le buone maniere del dare intenzionalmente sofferenza ad altri. – 3. Il controllo sociale oggi, al di fuori della cultura della pena?. – 4. Il controllo sociale si è già liberato dalla necessità di punire?. – 5. Ai margini della penalità “moderna”: il restorative paradigm nella produzione di un “nuovo” ordine sociale. – 6. La mediazione penale e la nostalgia del “vecchio” ordine penale. – 7. La retorica correzionale del sistema della giustizia minorile e il sistema compensatorio di giustizia. – 8. Il giudice di pace e la mediazione che concilia. – 9. Uno scenario futuro probabile e una speranza.

### 1. *Dagli antipodi del mondo*

Oramai sono passati vent'anni da quando, dall'Olanda, l'abolizionista Luck Hulsman esponeva sistematicamente il proprio radicale scetticismo nei confronti del sistema della giustizia penale, denunciando il fallimento e l'ontologica impossibilità delle pene legali nei confronti dei fini di utilità, sia di prevenzione speciale che generale, a cui le stesse sono finalisticamente costrette, secondo la promessa della modernità, mai mantenuta e neppure in futuro mantenibile: «*Peines perdues*», appunto (HULSMAN-BERNAT DE CELIS, 1982).

Alcuni anni dopo, il penalista di formazione dogmatica Raul Zaffaroni, dalle rive del Rio de la Plata, con malinconia “portena”, avviava appunto una «...*busca de las penas perdidas*» (ZAFFARONI, 1989), certo incontrando tante e diverse forme di sofferenza legale ed illegale, ma ancora una volta nessuna capace di rispondere a quegli scopi di utilità; così da ultimo, lo stesso (ZAFFARONI, 2000: 41), suggerisce come possibile una sola teoria “negativa” della pena - non quindi volta alla legittimazione della finalità manifeste della stessa - ma solo in grado di limitare il danno del sistema di giustizia criminale (su posizioni non dissimili, vedi nella cultura filosofica italiana, il recente VATTIMO, 2001: 59).

---

\* Università di Bologna.

Eppure, la “*ricerche*” va ulteriormente proseguita. Fosse pur solo per tacitare «la coscienza cattiva del buon penalista».

## 2. *Le buone maniere del dare intenzionalmente sofferenza ad altri*

Parto da un'osservazione semplice, forse anche banale.

È impossibile cogliere la natura delle pene nella modernità e post-modernità - di quelle di fatto come di quelle legali - senza tenere nel debito conto il “processo di civilizzazione” all'interno delle quali anche le relazioni punitive finiscono per darsi e trasformarsi. La traduzione più superficiale di questo paradigma è quello offerto dalla umanizzazione dei castighi, nel passaggio in epoca moderna dalle pene che gravitano sull' “economia politica dei corpi” a quelle che investono sull' “economia politica dello spirito”, secondo il lessico di FOUCAULT (1975). Ed è in quest'ottica, ad esempio, che GARLAND (1990) legge ELIAS (1983) nel dare conto dell'emergere delle pene privative e di quelle limitative della libertà rispetto a quelle corporali. Ma è appunto una lettura possibile, per altro semplicistica.

La questione potrebbe essere posta anche in termini più radicali: la necessità di produzione di ordine sociale attraverso la censura (SUMNER, 1990) - o altrimenti detto, le “vecchie” necessità durkheimiane di determinazione di identità sociale attraverso pratiche di differenziazione (vedi, da ultimo, MELOSSI, 2001: 67) - possono nel “processo di civilizzazione” progressivamente rinunciare alla produzione artificiale di sofferenza? Come dire: si può censurare - e quindi socialmente stigmatizzare - senza punire?

Penso *in primis* a BRAITHWHITE (1989). Se la funzione più propria della reazione sociale ed istituzionale al crimine è la produzione di “reintegrazione sociale”, la reazione nei confronti del trasgressore funzionalmente si determina ove produca in questi “vergogna”. Per questa ragione Braithwhite spiega la sorprendente mitezza del sistema penale giapponese, il solo tra quelli in vigore nei paesi del Primo Mondo a conoscere una popolazione carceraria inferiore a 45 detenuti su 100.000 abitanti. In Giappone, come in molte società antiche e in alcune comunità aborigene dell'Australia anche oggi, il senso dell'onore è ancora così sentito e diffuso, che la sola censura pubblica è sovente sufficiente a determinare nel trasgressore un sentimen-

to di vergogna e di pentimento sufficiente a soddisfare le necessità di integrazione sociale avvertite dalla collettività. In assenza, o oltre la produzione di vergogna, ogni reazione è gratuita e nociva violenza, nel senso che risulta disfunzionale al processo stesso di reintegrazione sociale. Purtroppo la produzione sociale di vergogna attraverso la censura è solo un effetto auspicabile e mai necessitato della pena stessa. In effetti, la funzione sociale (auspicabile) della pena finisce per esaurirsi prima che la pena venga effettivamente agita. Comunque sempre: perché ha già prodotto vergogna, ovvero perché non la ha prodotta e quindi mai più la produrrà. Ed è per questa ragione, forse, che la pena si incarica di determinare artificialmente censura attraverso la “degradazione sociale” del trasgressore che non arrossisce per la propria colpa. Come dire: se non ti vergogni per la tua condotta disdicevole, ti dovrai vergognare perché sarai fatto oggetto passivo di una sofferenza “umiliante”.

Ma se così fosse, la pena legale non potrebbe mai definitivamente “umanizzarsi”, perché esisterebbe comunque un limite invalicabile al “processo di civilizzazione” del sistema della giustizia criminale. Questo limite sarebbe dato dalle necessità proprie della pena legale nella produzione aggiuntiva di *handicap* (fisici, psichici, culturali, economici) in capo al condannato per finalità di “degradazione sociale”: per quelli che ci appaiono come stigmati sulla carne del condannato, basti per tutti il riferimento a GONIN (1991); per quelli invece che nasco-stamente operano per ridurre le aspettative nella qualità della vita futura del detenuto, il riferimento ancora obbligato è alla regola strutturale della “*less egibility*”.

### 3. *Il controllo sociale oggi, al di fuori della cultura della pena?*

Mi sembra che il governo materiale della penalità legale oggi abbia ben poco a che vedere con quando descrittivamente possiamo attribuire alla natura della pena. Come si fosse operato un fraintendimento lessicale: pigramente usiamo il termine pena per definire altro. La modernità ci ha trasmesso una nozione di penalità legale che da un punto di vista descrittivo si costruisce su alcuni attributi essenziali: la natura afflittiva, espressiva e strategica della reazione punitiva (cfr., NINO, 1980).

La qualità afflittiva definisce l'effetto di produzione di *deficit* nei confronti del punito, come riduzione di diritti e/o soddisfacimento di bisogni; nel contempo l'azione repressiva deve apparire intenzionale al fine di determinare una relazione di senso - come riprovazione e censura - tra questa e il soggetto passivo. La natura espressiva della pena coglie invece la dimensione simbolica della reazione punitiva volta ad esprimere la pretesa di autorità di chi punisce; essa, infine, si sviluppa in un contesto di potere "sbilanciato" tra chi punisce e chi è punito e ciò consente di finalizzare la pena stessa alla conservazione di rapporti sociali diseguali. Solo la presenza di tutti questi attributi conferisce natura di penalità alla reazione sociale.

Le pene legali aggiungono agli attributi fattuali sopra indicati uno che come tale non è un nuovo elemento di riconoscibilità, ma di appartenenza: se la reazione punitiva appartiene legittimamente allo Stato si definisce appunto come legale. La qualifica normativa della pena si specifica poi storicamente in una pluralità di imperativi del castigo, quali la legalità, la proporzionalità tra azione delittuosa e reazione punitiva e la predeterminazione tassativa delle procedure formali di inflizione del castigo. Tutti questi imperativi si iscrivono all'interno di una strategia di contenimento della funzione punitiva statale che appartiene all'imporsi, in era moderna e nella civiltà occidentale, di un modello funzionale di Stato di diritto.

Mi domando: la penalità materiale oggi, risponde ancora a questa definizione di castigo legale tramandataci dalla modernità?

Teniamo conto di alcuni processi storici.

In primo luogo la progressiva trasformazione del sistema penale da un modello ideale segnato da una forte razionalità intrasistemica - vale a dire la sola protezione dei diritti soggettivi fondamentali dei consociati, nei limiti imposti dal contratto sociale tra questi e il Principe e nel dominio incontrastato del principio di stretta legalità - verso un modello di sistema penale "aperto" all'esterno, dove le nuove necessità di disciplina obbligano il sistema stesso a continui rinvii a contesti extrapenalistici di riferimento e lo rendono nel contempo sempre più condizionato da un policentrismo di fonti e poteri non gerar-

chizzati né gerarchizzabili in termini rigorosamente predeterminati (da ultimo, DONINI, 2000: 3).

In secondo luogo, la progressiva residualità del sistema penale assiologicamente fondato su valori socialmente condivisi e quindi ad esso stesso pre-esistenti in favore di un sistema penale prevalentemente artificiale (per tutti, cfr., SCUBBI, 1990).

Queste tendenze non sono accidentali e contingenti, ma ineriscono all'esistenza stessa di un sistema di diritto penale moderno.

La penalità moderna si reggeva in ultima istanza su un "pregiudizio", cioè sulla fede nell'esistenza di un attributo del sistema penale - la sua connaturata capacità censoria - che si dava come evidente, ma evidente non è fino a quanto non sia provato scientificamente. E non ci risulta che esista dimostrazione "empirica" della sua esistenza, oggi.

La funzione di censura del sistema penale moderno non è affatto dimostrata, ma solo presupposta: che esso abbia la virtù di "segnare" "socialmente" quanto "normativamente" (e quindi formalmente) da esso nominato perché in possesso di questa forza simbolica, è oggi una semplice illusione.

Cerco di farmi capire.

La maggioranza del diritto penale è oramai extracodicistico ed è prevalentemente composto da incriminazioni contravvenzionali (e di conseguenza per effetto della natura artificiale delle stesse è assente ogni percezione sociale di disvalore nelle condotte così tipicizzate); ed ancora: il diritto penale protegge oramai prevalentemente funzioni proprie dello Stato.

Ma ciò nonostante, pur sempre "penale" è, e per questo solo capace di perseguire finalità di censura sociale?

In termini più teorici: la natura simbolica e la conseguente efficacia stigmatizzante della censura sono forse esclusivi attributi del diritto penale "classico" meglio "primitivo", cioè del diritto penale che criminalizza non tanto condotte socialmente avvertite come meritevoli di pena, quanto autori socialmente sofferti come "diversi". Insomma: la funzione simbolica del diritto penale discende dal ruolo del sistema di giustizia penale classico nella riproduzione delle differenze sociali, cioè nella conservazione della realtà sociale diseguale (PETERS, 1973; STEINERT, 1973; ROBERT 1984: 489). La censura è quindi in

ragione della minaccia di una pena che persegue il fine latente di trasformare socialmente in criminale il trasgressore (MATZA, 1964; 1969). E il marchio criminale, lo stigma che consente di riconoscere il deviante come appartenente alla classe criminale è ciò che attribuisce al sistema penale la virtù di orientare eventualmente alla conformità l'universo sociale dei potenziali violatori della legge e di confermare nella fiducia istituzionale l'universo sociale degli osservanti. La minaccia di una reazione istituzionale che non sia comunque - per quanto astrattamente ed eventualmente - in grado di ridurre o minacciare lo *status* sociale del violatore, non sia cioè "degradante", non è riconosciuta né riconoscibile neppure come pena. E socialmente la stessa pena pecuniaria è pena e non tassa solo se effettivamente idonea a ridurre "visibilmente" lo *status* economico e quindi sociale del punito.

Se mai esistono (ed esistono copiosamente) ricerche empiriche, esse sono unanimemente nel senso di confermare che l'idea socialmente costruita e diffusa è quella che identifica come penale il solo diritto criminale arcaico e come pena quelle sole sofferenze legali socialmente avvertite come degradanti e quindi stigmatizzanti. Come dire che la funzione simbolica del diritto penale si produce socialmente, come valore aggiunto, dalla sua originaria funzione materiale di strumento di produzione e riproduzione della differenziazione sociale. Se quindi è comprensibile come un diffuso alone illumini socialmente con effetti di censura quanto comunque prossimo a quel nucleo originario, tanto più da questo ci si allontana, tanto più si affievolisce la possibilità di trasmettere socialmente censura. E qui vale una regola dell'economia classica - quella che ci insegna come la moneta cattiva cacci quella buona: tanto più si diffonde l'area della criminalizzazione oltre la sfera di quanto socialmente avvertito come meritevole di censura, non solo non si produce censura, ma si corre il rischio di affievolire anche quella originariamente avvertita come meritevole. La criminologia ci insegna che un effetto collaterale al processo di iperpenalizzazione è proprio di minacciare la funzione sociale del processo di criminalizzazione, cioè il riconoscimento sociale del disvalore di alcune condotte.

In assenza di una penalità materiale capace di produrre differenziazione sociale, anche la dimensione simbolica di sola

censura finisce per perdersi o per rendersi - almeno sociologicamente - evanescente. Mi sembra un errore di fraintendimento definire pertanto diritto penale simbolico, il diritto penale che si aliena dalla sua funzione di produzione di differenziazione sociale perché non più capace di censurare.

#### 4. *Il controllo sociale si è già liberato dalla necessità di punire?*

Se da una parte il diritto penale moderno sempre più è portato a criminalizzare attori sociali nei cui confronti è assente una domanda sociale di censura e di degradazione per finalità di integrazione sociale, dall'altro lato attraverso il diritto penale si perseguono finalità di controllo sociale di tipologie d'autore che non necessitano di alcun ricorso alla risorsa della pena in senso proprio per essere controllati.

Una volta che teorizziamo quale scopo del sistema penale quello della difesa sociale e quindi, in ultima istanza, finiamo per imboccare il tunnel della incapacitazione selettiva di soggetti socialmente avvertiti come pericolosi (cfr., da ultimo, PAVARINI, 2001:71), la pena di fatto si svilisce a misura di polizia, che si qualifica appunto per possedere attributi contrari a quelli della pena: non è espressiva, non è programmatica, non vuole produrre intenzionalmente sofferenza (cfr. BARATTA, 1985: 247). Vuole solo ridurre il rischio sociale da criminalità mettendo nella condizione di non nuocere chi avverte come pericoloso, neutralizzandolo.

Questa strategia si misura e legittima solo rispetto alle proprie funzioni - cioè è attenta solo al proprio *output* - assolutamente sorda alle sue ragioni interne, al proprio *input*, semplicemente perché questo è contingentemente imposto appunto dall'esterno, da ciò che socialmente e politicamente si avverte come bisognoso di neutralizzazione.

Riflettiamo brevemente e sociologicamente sull'universo sociale carcerizzato oggi, composto dai soli autori che soffrono materialmente di incapacitazione attraverso l'esclusione, cioè composto dai soli autori socialmente controllati. Faccio riferimento, a livello esemplificativo, alla sola realtà italiana.

Esiste un primo universo di soggetti deboli. Chi ha confidenza con le patrie galere, ben intende chi siano oggi in Italia

i marginali carcerizzati: oramai un 25% dell'intera popolazione penalmente ristretta è costituita da immigrati extracomunitari (I.S.T.A.T., 1999, 2000; BARBAGLI, 1998) che contende l'egemonia ad un 30% di giovani tossicodipendenti (D.A.P., 1999, 104). A cui possiamo tranquillamente aggiungere un altro 20% di giovani marginali, prevalentemente professionalizzati in piccoli e medi reati predatori (BARBAGLI, 1995). In buona sostanza il «diritto penale della prigione» (PAVARINI, 1998: 175) - cioè quello che effettivamente si fonda sulla sola pena che è in grado di giustificare la specificità del sistema stesso di giustizia penale - finisce per supplire - ma con ciò anche per confondersi ed inquinarsi con - un sistema di controllo sociale di polizia. In questo caso la domanda di penalità non si legittima certo per finalità di meritevolezza del castigo (anzi, in ragione appunto della debolezza dei soggetti penalizzati, il paradigma del *deficit* ci indurrebbe a ritenere che essi meritino ben poco di essere puniti per "avere fatto il male pur potendo fare il bene") e di fronte alla crisi del mito della risocializzazione, non possiamo oggi (diversamente da ieri) neppure illuderci che si debbano punire per ragioni special-preventive ed infine, in ragione della dimensione di massa di questa illegalità, faticerei anche a pensare che la pena possa realizzare lo scopo di deterrenza. Questi "scarti" sociali vengono puniti e carcerizzati per necessità di incapacitazione in quanto attori devianti che non si riesce altrimenti a disciplinare, ovvero che risulta troppo costoso controllare attraverso politiche preventive. Se così è, allora non è scontato che la sola risposta debba essere sempre e comunque la privazione della libertà. È possibile che altre modalità di controllo siano altrettanto efficaci per scopi di neutralizzazione e nel contempo anche meno costose. Penso, ad esempio, a forme di controllo elettronico, sul modello già altrove sperimentato. Certo, politiche di solo controllo situazionale potranno momentaneamente soddisfare necessità di prevenzione, ma non impedire che questo universo di marginalità continui a recidivare. Ma nei confronti di questa clientela l'approccio tecnocratico della penologia amministrativa - privo com'è di ogni intento finalistico che non sia quello di rendere compatibile le scarse risorse con le molte funzioni di controllo - è in grado di ribaltare significativamente le storiche sconfitte del sistema di giustizia penale in segni di suc-

cesso: così il tema della recidività - vero *vulnus* della fede correzionalistica - viene assunto come indice di successo del sistema nell'individuazione precisa del *target* che deve essere neutralizzato. Da qui la scelta cinica avanzata dalla penologia americana del *three strikes you are out*, cioè della pena perpetua per i recidivi anche di reati poco gravi.

Esiste poi un diverso per quanto contenuto universo sociale di devianti - dai dati offerti dalla Amministrazione penitenziaria compreso tra il 10 e il 14% della popolazione penalmente ristretta - composto da soggetti avvertiti come particolarmente pericolosi (nel nostro sistema possiamo pensare a quelli indicati dall'art. 4-*bis* dell'Ordinamento penitenziario), per i quali ancora più che per i precedenti valgono necessità di neutralizzazione. Ma anche in questo caso la risposta neutralizzante non necessariamente trova piena soddisfazione nella sola privazione della libertà per un *quantum* di tempo. Per questi vale di più la pena indeterminata in strutture di massima sicurezza. Insomma, anche qui a ben intendere, la risposta adeguata non è la pena, ma qualche cosa che ha a che vedere - nel senso che nella sostanza è sempre più simile a - con le misure di sicurezza per gli imputabili. Ed in effetti in questo caso il sistema penale supplisce esigenze di contrasto e di controllo della criminalità di natura politico-amministrativa (cfr., da ultimo, PAVARNI, 2001: 17), come amministrative sono in sostanza le misure di sicurezza, e ogni risposta che si fondi su sole valutazioni di pericolosità.

Questi due universi sociali di puniti costituiscono quasi l'intero universo del «diritto penale della prigionia», approssimativamente circa l'80 % di chi soffre una pena detentiva.

Di regola, quando si osserva che in questi ultimissimi anni in Italia il flusso degli entrati in carcere dallo stato di libertà si attesta su una cifra assoluta di poco superiore alle 100.000 unità, si rischia di non prestare attenzione al significato "in percentuale" che il criterio di selettività opera su questo universo. L'esperienza detentiva viene mediamente sofferta ogni anno da due cittadini su 1000 residenti; ma in ragione delle variabili quali l'età e il genere maschile (sappiamo che sempre ed ovunque il carcere è prevalentemente abitato da uomini giovani) possiamo ragionevolmente calcolare che ogni duecento giovani maschi, a meno uno viene annualmente carcerizzato.

Se consideriamo poi anche la variabile certamente più difficile da calcolare quale la povertà, forse potremmo osare ritenere che ogni 50 giovani maschi poveri, annualmente uno viene penalmente controllato. Se poi teniamo conto della variabile immigrazione, forse, è ragionevole ritenere che ogni 20 giovani maschi immigrati clandestinamente, uno entra nel circuito carcerario. E forse, senza volere rischiare il paradosso, credo sia prossimo alla verità affermare che per l'universo di giovani maschi tossicodipendenti da eroina e che provengono dalle classi sociali più disagiate, un periodo o periodi più o meno lunghi di detenzione nell'arco della loro esistenza tossicomaniaca siano statisticamente eventi quasi obbligati.

Allora mi chiedo: che c'entra tutto questo con la pena? Che c'entra questa razionalità da "*mass imprisonment*" nella amministrazione della neutralizzazione selettiva con quanto la Filosofia chiama "pena"? Con ben altra inquietudine politica e culturale di quanto non sia riscontrabile in Italia, di recente alcuni penologi americani si interrogano sugli effetti sulla stessa teoria della pena di una incarcerizzazione che si qualifica sempre nella pratica dell'esclusione penale dell'intera marginalità sociale (GARLAND, 2001: 5; SIMON, 2001: 21; BECKETT-WESTERN, 2001: 43).

Accanto a questo universo di puniti con la pena carceraria esiste poi il sistema penale dell'ontologica ineffettività sanzionatoria, in altre parole il sistema di diritto penale come solo «rischio sociale» (SCUBBI, 1990). Il bisogno di penalità nei confronti degli autori di questi illeciti artificiali non risponde a necessità di difesa sociale e quindi di una risposta neutralizzante attraverso la pena della privazione della libertà. In questo caso il bisogno di penalità si costruisce sul criterio della meritevolezza del castigo, per finalità di sola censura di alcune condotte e non certo di difesa sociale nei confronti di alcuni autori.

Ed è proprio al cospetto di questo universo di condotte illecite meritevoli di censura ma di fatto agite da soggetti niente affatto bisognosi di essere socialmente controllati e neutralizzati attraverso la pena del carcere, che naufraga irrimediabilmente ogni teoria giustificativa della pena. La contraddizione si offre all'analisi critica come paradossale: la sola pena che

possiamo giustificare non è socialmente praticabile; la sola sofferenza che di fatto irroghiamo, non è giustificabile.

5. *Ai margini della penalità “moderna”: il restorative paradigm nella produzione di un “nuovo” ordine sociale*

Se la pena effettivamente agita rischia di non potere essere più giustificata - all'interno di una stato sociale di diritto - come “pena”, perché la sua effettività non esprime la volontà di infliggere intenzionalmente una sofferenza espressiva a fini preventivi, oggi, ai confini della penalità tracciati dalla modernità, si intravedono nuovi possibili territori di espansione (BARATTA-PAVARINI, 1998: 7; EUSEBI, 1998: 61).

Certamente una ricca provincia nei cui confronti il sistema penale palesa oggi forti interessi di colonizzazione è quella approssimativamente ricomprendibile all'interno dei confini del “modello riparativo di giustizia”.

Delle diverse letture che la dottrina offre del “perché” dell'emergere, almeno a fare corso dalla decade degli anni settanta, del *restorative paradigm* nei sistemi di controllo sociale (anche penale) in alternativa e/o competizione con quelli retributivo e riabilitativo, quella proposta da FAGET (1993: 221) più di ogni altra mi seduce: il modello riparativo-mediatorio “rizomaticamente” si sviluppa (FAGET, 1992) - per effetto di una connaturata tendenza entropica dei sistemi di produzione di ordine, come appunto quelli di controllo sociale penale - oltre i confini dell'ordine stesso (FORSE, 1989). E esso quindi germoglia confusamente ed imprevedibilmente in territori sociali progressivamente abbandonati dai sistemi formali di produzione di ordine. Intere periferie vengono lasciate di fatto sguarnite di ogni presidio effettivo offerto dalla legalità: il limite oltre il quale *Hic sunt leones* ritaglia a macchia di leopardo spazi sociali disomogenei e diversi ove l'ordine legale non si produce più. E in questi spazi “spontaneamente” germoglia o può germogliare un diverso ordine.

Un'altra delle grandi promesse della modernità non mantenute: la funzione disciplinare “avocata” - gli abolizionisti parlano in verità di “espropriata” (HULSMAN, 1983: 71) - dal sociale e monopolisticamente assunta entro i confini della lega-

lità dal sistema di giustizia penale, si mostra sempre più incapace di “governare”, cioè di produrre ordine.

Due distinti processi favoriscono con effetti sinergici la dissoluzione del sistema di giustizia penale stesso: da un lato – come abbiamo potuto vedere – la crescita elefantia del dominio del penale in ragione della crescita delle funzioni disciplinari proprie dello stato sociale; dall’altro lato, la crisi dei sistemi di socializzazione primaria e quindi di riflesso la produzione crescente di una domanda di disciplina formale (MOSCONI, 2000: 3).

Il dominio del sistema di controllo sociale penale è insomma troppo vasto per potere essere mantenuto, e pertanto metaforicamente sembra dovere esso pure rispondere alla seconda legge della termodinamica (BOUDON, 1984). Ciò che si produce al di fuori di esso, e a volte anche contro di esso – negli spazi del crescente disordine selvaggio – richiama alla mente veri e propri processi di rifeudalizzazione dei rapporti sociali. Conflitti e violenze intrafamiliari e nei rapporti di vicinato, degrado sociale, vandalismi, micro-criminalità nelle periferie metropolitane, intolleranze razziali producono sofferenze da vittimizzazione diffusa che si traducono in domande altrettanto diffuse di riaffermazione normativa, esse stesse poi inevase (cfr., ROCHÈ, 1993; LAGRANGE, 1992: 1; BROWN, 1990; PAVARINI, 1997: 75; VIANELLO, 2000: 129).

In questo contesto politico di dissoluzione, è quindi possibile assistere all’emergere di dinamiche sociali che si pongono come obiettivo quello di responsabilizzare la società civile, di re-staurare (sempre gli amici abolizionisti, preferiscono il termine “ri-appropriarsi di”) capacità e virtù di autoregolamentazione dei conflitti che beneficiano di un ampio capitale di “simpatia sociale” (DE MUNCK, 1995: 91).

La messa in scena pubblica della «mediazione» si colloca così in questo scenario di ampia adesione consensuale alla “presa in carico” “informale” delle situazioni problematiche di fatto abbandonate dai sistemi formali di controllo (MATTHEWS, 1988). La sua più genuina espressione si realizza pertanto nell’adesione ad un modello di mediazione “autonomo-comunitario-deprofessionalizzato”. La sua crescita “spontanea” e “disordinata”, investe segmenti diversi e disomogenei di presa in carico delle problematiche, attraversando i confini formali

dell'ordine legale "tradizionale": civile, amministrativo, penale (MESSMER-OTTO, 1992). Su tutto sembrerebbe, ma è un fallace effetto ottico, potersi dispiegare felicemente.

La retorica giustificativa del suo imporsi è socialmente accattivante: informale, dolce, intelligibile, semplice, mite, di prossimità... sono termini di un lessico costruito sul genere "femminile" contro quello "maschile" di una giustizia formale, *dura lex*, incomprensibile, complessa, distante (CERETTI, 1998: 19). Che l'area della devianza minorile e giovanile sia tra le prime ad essere aggredita dal paradigma in oggetto è pertanto di assoluta evidenza. Ma anche quando l'onda del "farsi altrimenti carico dei conflitti" - cioè al di fuori del sistema di giustizia formale - invade aree diverse, una certa contiguità comunque permane, è rintracciabile: come intelligentemente si esprime l'australiano Braithwaite (con un occhio antropologico attento ai sistemi aborigeni di gestione dei conflitti, e con un altro rivolto al "paradosso" giapponese), le risorse vincenti dell'esperienza mediatrice sono il sentimento di vergogna (reintegrativa e non socialmente stigmatizzata) da parte del deviante e il perdono da parte della vittima (BRAITHWHITE, 1989; BRAITHWHITE-PETTIT, 1990). È insomma la disciplina materna contro la giustizia del padre. Ed è chiaro che sia possibile estenderla alla giustizia penale "minore", come appunto quella di recente in Italia attribuita alle competenze penali del giudice di pace.

Tutto il bene e tutto il male che si può dire - e per la verità è stato detto, basti leggere il compendio esaustivo delle diverse ragioni pro e contro in BONAFAE'-SCHMITT (1992), in MATTHEWS (1998) e in DAVIS (1992) - della *restorative justice* (VARONA, 1996), si gioca intorno a questo suo originario e primitivo fondarsi su un modello consensuale *contra* quello conflittuale dei rapporti sociali (HARRINGTON, 1985; ABEL, 1981). Le simpatie e le diffidenze, gli amori e gli odi che ci dividono di fronte a questa esperienza si radicano in sostanza su questo decisivo punto. Ma il nodo può essere anche diversamente nominato.

Si può così convenire che "l'altra" giustizia ha successo nella gestione delle situazioni problematiche che socialmente sono costruite, e pertanto avvertite dagli attori sociali coinvolti, come "disagi" e "sofferenze" e non come "conflitti". Insomma: aree di disordine "non conflittuale" o comunque di

“contenuta conflittualità” (BOTTOMLEY-ROCHE, 1988: 23). Situazioni problematiche certo, spesso produttrici anche di grande sofferenza e di esteso disagio negli attori sociali coinvolti, ma che socialmente non sono avvertite come “minacciose” e “contestatrici” dell’egemonia dell’ordine normativo statale su cui si cimenta il patto di cittadinanza.

Lo spazio di praticabilità di una “gestione del conflitto tra le parti private” è quindi in ragione di quanto la struttura sociale è socialmente condivisa come stabile, di quanto, in diverse parole, quella determinata situazione problematica è sofferta solo “privatamente” (CAIN, 1988: 51; NELKEN, 1988: 108). Ed è oltremodo significativo che i contesti nazionali ove per prima e più diffusamente si è sviluppata l’esperienza della mediazione sociale sono quelli in cui la struttura e l’ordine sociale sono fortemente condivisi, come il Canada (PEACHEY, 1989: 14) e i paesi scandinavi; ovvero quelli, come gli USA, in cui, per ragioni certo assai diverse se non opposte, culturalmente lo Stato è assai debole se non assente, in cui antropologicamente il conflitto difficilmente è “pubblicizzato” (cfr. UMBREIT-COATES, 1993: 565). Nel lessico penalistico, facendo mente all’illuminante saggio di SBRICCOLI (1974) sulla nascita del diritto penale moderno, mi sembra di potermi così esprimere: lo spazio storico e politico di praticabilità di una “soluzione solo tra le parti” del conflitto è in ragione diretta della distanza di questo dalla costruzione sociale del fatto come *crimen laesae maiestatis*.

## 6. La mediazione penale e la nostalgia del “vecchio” ordine penale

Ma la mediazione penale nel sistema di giustizia minorile ed in quella oggi amministrata dal giudice di pace è però altra cosa, ove “altra” sta a significare che da quella sopra descritta situazione di produzione sociale di un ordine nella crisi del sistema legale molta acqua è passata sotto i ponti. A quel primo processo, ne è seguito uno di segno opposto: il tentativo del sistema legale di ri-appropriarsi, di “includere” entro i confini della legalità formale, quanto all’esterno di questi si era venuto determinando. I modelli realizzati di mediazione pena-

le oggi dominanti e a cui anche il nostro sistema di giustizia penale sembra con tardivo interesse guardare con simpatia, sono quelli di tipo “legale-professionale” (FAGET, 1993: 225). Alla dispersione, segue ora l’inclusione.

Per altro le strade tecniche per raggiungere lo scopo della “ri-appropriazione” sono almeno apparentemente facilmente praticabili: ove possibile, in particolare nei sistemi di giustizia penale che si reggono sulla facoltatività dell’azione penale, la strada maestra è quella della “diversione processuale” (come avviene nel sistema di giustizia penale francese; cfr. LEBLOIS-HAPPE, 1994: 525); altrimenti si può ricorrere a quella certo più impervia delle pene sostitutive, ovvero ancora passando per la cruna dell’ago di un uso atipico della *probation*.

Voglio tacere per ora di questi profili tecnici, che per altro rivestono un interesse particolare. Anche in questo caso, conviene preliminarmente interrogarsi sul “perché” - cioè sulla ragione “forte”, diciamo strutturale - di questo processo di “recupero” del sistema della giustizia formale e quindi anche di quella penale della realtà informale cresciuta al suo esterno, appunto oltre i confini della legalità.

Ne scorgo una sola: l’esperienza esterna viene inclusa come risorsa utile per un processo di razionalizzazione sistemica, nel senso che quella esperienza, se ed in quanto “istituzionalizzata”, sembra capace di favorire contemporaneamente, sia l’arricchimento della “scatola di “attrezzi” con cui il sistema formale di giustizia e di controllo sociale penale opera, sia, l’implementazione di modalità ritenute “deflative” rispetto a quelle più proprie e tradizionali di gestione dei conflitti, cronicamente afflitte da disfunzionalità determinate da processi di crescita ipertrofica.

I due obiettivi apprezzabili sotto il profilo della funzionalità sistemica, sono poi i medesimi contro i quali si può concentrare anche la lettura critica nei confronti del processo di “istituzionalizzazione” delle pratiche di mediazione (GARAPON, 1992: 40; ABEL, 1992); ed in effetti queste critiche sono state ripetutamente argomentate.

L’arricchimento della “scatola di attrezzi” è stato, ad esempio, censurato come “ampliamento della rete” del controllo penale, come inclusione nell’area della criminalizzazione secondaria di quanto “di fatto” altrimenti vi sfugge (COHEN,

1985); l'obiettivo "deflativo" - spesso più presunto che reale - è stato invece contestato come orientato principalmente alla definizione di una giustizia minore, come giustizia "svilita" e di secondo livello (MARSHALL, 1998: 25); ed infine l'inclusione di pratiche mediatricie nel sistema della giustizia penale è stato ritenuto capace di favorire la "giuridizzazione" dei rapporti sociali, operando così in favore di una rilegittimazione dello stesso sistema giudiziario e comunque favorendo un incremento del dominio della regolamentazione di tipo giuridico (ABEL, 1982: 9).

Mi sembra che le critiche siano sensate se in quanto esse siano intese come "individuazione" di rischi possibili; nutrirei alcune perplessità se queste venissero intese come individuazione di rischi inevitabili.

#### *7. La retorica correzionale del sistema della giustizia minorile e il sistema compensatorio di giustizia*

Se la ragione forte di questo processo di inclusione entro i confini della legalità di quanto all'esterno di questi "naturalmente" si era determinato sembra rispondere a necessità strutturali che possiamo convenzionalmente definire di "egemonia", la medesima in sostanza presente in tutti i sistemi, la retorica giustificativa che legittima questo "sfondamento" del fronte mi sembra possa essere diversa in ragione dei contesti culturali in cui essa opera. Insomma, se la ragione latente è la medesima, diverse sono invece quelle manifeste.

Possiamo in primo luogo riflettere con riferimento al sistema della giustizia minorile in Italia.

È difficile non convenire che per quanto concerne questo sistema, il riferimento politico-criminale dominante sia stato e sia tuttora quello correzionale-riabilitativo (PAVARINI, 1991: 107). La peculiarità di questa scelta di politica criminale si esprime compiutamente nell'attenzione pedagogica prestata al minore in difficoltà. Ed è altrettanto difficile non convenire che questo dominante paradigma special-preventivo positivo abbia nel settore minorile prodotto o favorito o felicemente accompagnato o semplicemente abbia socialmente giustificato alcuni processi materiali "invidiati" internazionalmente: basti su tutti

ricordare il primato che l'Italia ancora (appunto: ancora, ma per quanto?) conserva nel contesto dei paesi occidentali per l'indice contenuto di minori istituzionalizzati (DE STROBEL, 1985: 235). Nel settore minorile, l'Italia è un "assurdo" - certo, anche se questo è stato poi "spiegato", ad esempio da DE LEO (1981: 219) - come lo è il Giappone per la "mitezza" del suo sistema di giustizia penale.

Un sistema così tenacemente attraversato dalla retorica correzionale-riabilitativa, mi sembra che inevitabilmente sia portato a declinare ogni cosa, anche "il nuovo", attraverso l'unico vocabolario che conosce, ovvero attraverso quello che conosce meglio. Con ciò voglio dire che l'avanzata del sistema verso nuovi lidi viene compiuta sotto la bandiera vincente, e questa è (ancora), nel sistema della giustizia penale minorile in Italia, quella del recupero, della rieducazione, della risocializzazione, insomma del "fare del bene" al minore deviante.

Fuori di metafora, quello che mi sembra di potere scorgere è molto semplice: l'interesse nei confronti dell'esperienza della mediazione viene apprezzato come risorsa che all'occorrenza può risultare utile nell'investimento pedagogico sul minore autore di reato (OCCHIOGROSSO, 1999: 5). Insomma: nulla più (e lo dico senza alcuna sufficienza) che una "nuova" modalità trattamentale. Un trattamento rieducativo alternativo al processo penale pedagogico, ovvero alla pena rieducativa, ma solo nominalmente, perché sostanzialmente a quel processo e a quella pena omologo.

Certo nulla di scandaloso, ma così operando la natura originaria della mediazione viene irrimediabilmente negata: il paradigma compensatorio perde la sua peculiarità, facendosi solo involucro ad un contenuto sostanzialmente trattamentale che gli è originariamente e naturalmente estraneo.

Veniamo infine al "recepimento" della mediazione nel sistema positivo minorile in Italia.

In buona sostanza la questione - solo apparentemente tecnica - è l'individuazione del "momento", cioè della fase, in cui l'esperimento mediatorio viene appunto recepito dal sistema formale di giustizia penale. Insomma: dove si dà l'incontro.

Se le osservazione di cui sopra colgono la dinamicità del processo di “inclusione”, mi sembra di potere individuare una tensione tra due poli attrattivi opposti, che contingentemente, spostano il momento della intersezione in una fase più o meno a loro contigua. Il polo originario del *restorative paradigm* è ontologicamente orientato alla soddisfazione dei “bisogni” della vittima; il paradigma riabilitativo-correzionale a offrire una soluzione ai “problemi” del giovane deviante; ancora: il primo, a cercare una ragionevole soluzione “soddisfatoria” tra le parti in conflitto; il secondo, a orientare positivamente il processo evolutivo del giovane. Le tensioni sono quindi tra loro divaricanti: il sistema mediatorio preme naturalmente verso “nuovi spazi” i più remoti possibili da quelli egemonizzati dal sistema giudiziario, processuale, punitivo-trattamentale; il sistema penale-riabilitativo, al contrario, predilige, altrettanto naturalmente, la fase punitivo-trattamentale, il processo pedagogicamente orientato, l'intervento professionale-giudiziario. Le soluzioni contingenti che si offrono sono quindi sempre compromessi più o meno sbilanciati a secondo del predominare di un polo attrattivo sull'altro. Facile rapsodicamente indicarli, nell'ordine decrescente dei più prossimi ai più remoti dal *restorative paradigm*.

Nel nostro sistema positivo minorile, la soluzione compromissoria certo più favorevole alla natura della mediazione, è quella suggerita dall'esperienza giurisprudenziale del Tribunale dei minori di Torino, e più volte esposta da Bouchard: una mediazione attivata in una fase pre-processuale dal p.m., ex art. 9 del d.P.R. 448/88, che ove abbia soluzione soddisfacente, consentirebbe eventualmente una richiesta di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto ex art. 27 (BOUCHARD, 1992: 770; PANZE', 1999: 70). A ben intendere è l'unica vera diversione, una strada cioè che consente di allocare l'esperienza mediatoria ancora “al di fuori”, perché immediatamente “prima” del processo. Certo ed ovvio che l'esperienza mediatoria è già attraversata dall'ombra minacciosa del processo, nel senso che il minore deviante sarà fin troppo consapevole che se a quella non partecipa ed in quella non si adopera proficuamente, finirà per entrare nel tunnel del processo penale e quindi per assumere il rischio della condanna e quello della pena.

Il tentativo di mediazione può sperimentarsi anche altrimenti, sia pure ancora in una fase pre-processuale, quando per gli esiti dello stesso non venga apprezzato come “sufficiente” ad un proscioglimento per irrilevanza del fatto, anche se meritevole di essere premiato con il perdono giudiziario. È di tutta evidenza che la mediazione - come mediazione - è quindi “fallita”, ma il comportamento tenuto dal minore è comunque valutato positivamente in chiave special-preventiva. Insomma: qualche cosa di idoneo a risparmiare la condanna e la pena, ma non certo il processo; ma soprattutto qualche cosa che non centra l’obiettivo riparatorio, che rimane pertanto in tutto o in parte insoddisfatto.

Infine la mediazione può essere oggetto di una vera e propria misura alternativa, ex artt. 28 e ss. (SCIVOLETTO, 1999). Siamo oramai pienamente all’interno non solo del processo, ma della pena. La mediazione è quindi in tutto e per tutto una modalità trattamentale orientata a scopi social-preventivi. Certo essa potrà anche, ma solo eventualmente, raggiungere lo scopo riparatorio dando piena soddisfazione alla vittima, ma comunque il tentativo mediatorio verrebbe apprezzato anche se questa finalità non fosse in tutto o in parte raggiunta, sempre che il comportamento del minore potesse essere valutato positivamente in chiave correzionalista.

### *8. Il giudice di pace e la mediazione che concilia*

Il comma 4° dell’art. 29 del D.L. 28 agosto 2000 n. 274, contenente le disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, consente a questi, quando il reato è perseguibile a querela, di tentare la conciliazione delle parti avvalendosi anche della attività di mediazione di centri e strutture pubbliche e private presenti sul territorio.

Significativamente la legge in esame interpreta la mediazione come una modalità attraverso la quale può pervenirsi alla riconciliazione, ammettendosi pertanto che quest’ultima possa essere anche altrimenti raggiunta. Ed infatti, al comma 2° dell’art. 2 del medesimo testo legislativo, si precisa che «nel corso del procedimento, il giudice deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti».

L'uso strumentale della mediazione a soli fini di riconciliazione, pesantemente riduce il senso stesso della mediazione, fino a consentire di dubitare la sopravvivenza dello spirito della stessa. È certo che attraverso la mediazione è possibile pervenire alla riconciliazione tra le parti, ma non sempre. La mediazione ha esito positivo anche se aiuta le parti in conflitto ad avanzare in un percorso dialogico che si arresta assai prima che le stesse possano dirsi effettivamente "conciliate", perché se così fosse lo spazio di agibilità della mediazione sarebbe estremamente esiguo e sempre precario. Ovvero che conduce le parti lungo sentieri diversi che non portano necessariamente alla conciliazione.

In verità, trattandosi di reati perseguibili a querela, il senso della mediazione a fini di riconciliazione è quello di pervenire ad una remissione della querela da parte della vittima. In questo senso è difficile non prevedere un esito quasi obbligato alla pratica mediatoria a fini riconciliativi: l'irrompere di una negoziabilità tra le parti in conflitto in cui il mediatore fungerebbe da sensale. Come dire: quanto mi dai se rimetto la querela? Per altro ciò da sempre avviene in tema di reati a querela di parte, solo che questo negozio avveniva ed avviene attraverso la "mediazione" degli studi legali e/o delle compagnie assicurative.

Ancora una volta: nulla di scandaloso. Anzi, ben venga un ulteriore avanzamento nella negoziabilità della pena. Ma tutto ciò – mi domando – quanto ha a che vedere con la "promessa forte" della mediazione?

### *9. Uno scenario futuro probabile e una speranza*

Quali sono le possibilità che questo "matrimonio che non si doveva fare" ma che alla fine "si farà" tra mediazione e sistema della giustizia penale, consenta ancora al paradigma compensatorio di non piegarsi ancillarmente alle sole ragioni del paradigma correzionale ovvero a quello di un'ulteriore negoziabilità della pena?

La cultura e le ragioni della special-prevenzione sono forti, troppo forti; la loro forza è in ragione in parte della convinzione diffusa - quanto a mio parere errata - della loro idoneità nel

contenimento della repressione. È in verità difficile non pensare che l'attenzione benevola sia pur tardiva che il sistema della giustizia penale minorile mostra oggi nei confronti della risorsa offerta dalla mediazione, sia appunto quella di una risorsa utile al perseguimento del fine certo nobilissimo e condivisibile della decarcerizzazione (PAVARINI, 1997b: 137).

È mia personale convinzione che tutto ciò sia effetto di una vera e propria illusione. In altre occasioni (PAVARINI, 1997c: 981) ho avuto modo di esporre articolatamente questo mio semplice convincimento: i tassi di carcerizzazione non sono in ragione né dell'andamento della criminalità (apparente o reale che sia), né del quadro normativo di riferimento (più o meno occasioni legali di diversione processuale, di pene sostitutive e di modalità alternative alla pena detentiva). Essi, invece, sembrano direttamente e indirettamente rispondere a come si costruisce socialmente la domanda di penalità.

Diversamente credo si debba invece argomentare per quanto concerne l'esperienza mediatrice per i reati perseguibili a querela di parte nel procedimento dinanzi al giudice di pace: in questo caso la conciliazione persegue il fine di favorire accordi tra le parti e quindi di risparmiare la risorsa scarsa e pertanto costosa dell'offerta di giustizia penale e della pena. E tutto ciò in una dimensione svilita o comunque ridotta rispetto al fine della riprivatizzazione del conflitto.

Certo è che se l'esperienza originaria della mediazione sociale può occasionalmente palesarsi in grado di favorire una diversa costruzione sociale del panico attraverso l'utilizzo di un vocabolario non punitivo nella soluzione dei conflitti, questa risorsa andrebbe gelosamente "preservata" e "coltivata". Purtroppo, nel momento in cui essa viene "attratta" dal sistema della giustizia penale, essa rischia di perdere in parte la sua virtù, in quanto il suo linguaggio alternativo viene irrimediabilmente incluso e omologato a quello del sistema della giustizia criminale.

Ma forse, tutto sommato, neppure questo è un male. Senza cadere in facili entusiasmi, si deve pur sempre riconoscere che anche la mediazione inclusa nel sistema di giustizia penale qualche cosa di nuovo e di diverso porta con sé, forse non in grado di alterare il sistema stesso, ma certo di contribuire al superamento di vecchi equilibri. Recentemente SHEARING

(2001: 203) acutamente osserva che l'insoddisfazione nei confronti dei due grandi paradigmi della pena - quello retributivo e quello preventivo - risiede appunto nel loro sguardo parziale: quello retributivo, tutto rivolto al passato, annichilito nella considerazione del solo fatto storico di reato e quello preventivo, unicamente proteso verso il futuro, esaltato nella fede di potere impedire nuovi reati. In effetti il *restorative paradigm* si offre invece con lo sguardo aperto a tutto campo. Chiede alle parti in conflitto di ri-considerare il passato, di misurarsi sul senso di un fatto storico che ha rotto un equilibrio; ma chiede anche di superare insieme quella frattura, per incamminarsi più serenamente verso il futuro.

Sia chiaro: tutto ciò non induce ottimisticamente a ritenere che il *restorative paradigm* rappresenti il definitivo approdo alla navigazione in cerca di una nuova penalità funzionalmente e culturalmente compatibile in uno stato sociale di diritto, una volta che alle spalle si siano definitivamente lasciati quelli retributivo e rieducativo. Nulla di definitivo, quindi, ma pur sempre un porto in cui fare momentaneamente sosta, in vista di continuare la *recherche*.

#### BIBLIOGRAFIA

- ABEL R. (1981), *Conservative conflict and the reproduction of Capitalism; the role of Informal Justice*, in "UCLA Law Review", sept.;
- ABEL R. (1992), *The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press;
- BARATTA A. (1985), *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, in "Dei delitti e delle pene", 2, pp. 247-68;
- BARATTA A., PAVARINI M. (1998), *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in "Dei delitti e delle pene", n.1, pp. 7-28;
- BARBAGLI M. (1995), *L'occasione e l'uomo ladro, Furti e rapine in Italia*, Bologna, il Mulino;
- BARBAGLI M. (1998), *Immigrazione e criminalità in Italia*, Bologna, il Mulino;
- BEKETT K., WESTERN B. (2001), *Governing social marginality: Welfare incarceration and the trasformation of state policy*, in "Punishment and Society", vol. 3, n. 1, pp. 43-60;
- BOUDON R. (1984), *La place de désordre*, Paris, PUF;

- BONAFAE<sup>2</sup>-SCHMITT J.-P. (1992), *La médiation: une justice douce*, Paris, Syros;
- BOUCHARD M. (1992), *La mediazione: una terza via per la giustizia penale*, in "Questione giustizia", nn. 3-4, pp. 770-75;
- BOUCHARD M. (1995), *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in "Questione giustizia", 4;
- BOUCHARD M. (1997), *Le risposte possibili alla criminalità diffusa*, in "La criminalità" a cura di L. VIOLANTE, Storia d'Italia, annali 12, pp. 1035-53;
- BOUDON R. (1977), *Effets pervers et ordre social*, Paris, PUF, 1977;
- BOTTOMLEY A., ROCHE J. (1988), *Conflict and Consensus: a Critique of the Language of Informal Justice*, in MATTHEWS (ed.), "Informal Justice?", London, Sage, pp. 87-108;
- BRAITHWAITE J. (1989), *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, University Press;
- BRAITHWAITE J., PETTIT P. (1990), *Not Just Desert. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press;
- BROWN J. (1990), *Insecure Societies*, London, McMillan;
- CAIN M. (1988), *Beyond Informal Justice*, in MATTHEW R. (ed.) "Informal Justice?", London, Sage, pp. 51-86;
- CERETTI A. (1998), *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in "La mediazione nel sistema penale minorile", a cura di L. PICOTTI, Padova, Cedam, pp. 19-60;
- COHEN S. (1985), *Visions of Social Control*, Oxford, Polity Press;
- DAVIS G. (1992), *Making Amends. Mediation and Reparation in Criminal Justice*, London, New York, Routledge;
- DE LEO G. (1981), *Devianza, personalità e risposta penale: una proposta di riconcentualizzazione*, in "La questione criminale", 2, pp. 219-43;
- DE MUNCK J. (1995), *Le pluralisme des modèles de justice*, in "La Justice des mineurs. Evolution d'un modèle" a cura di GARAPON A., SALAS D., Paris, Editions Bruylant, pp. 91-138;
- DE STROBEL G. (1985), *Analisi critica della statistica giudiziaria e criminale in tema di giustizia minorile dal 1947 ad oggi*, in BERGONZINI-PAVARINI (a cura di), "Potere giudiziario, enti locali e giustizia minorile", Bologna, il Mulino, pp. 235-67;
- DIPARTIMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA – SERVIZIO PER L'INFORMATICA E LA STATISTICA (1999), *Tablelle – dati statistici*, in "BION - Bollettino Informativo dell'Osservatorio Nazionale", n. 1-3, pp. 104-121;
- DONINI M. (2000), *Della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in "La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato", a cura di M. DONINI, Padova: Cedam, pp. 4-58;

- ELIAS N. (1983), *Il processo di civilizzazione. La civiltà delle buone maniere*, Bologna, il Mulino;
- EUSEBI L. (1998), *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in "La mediazione nel sistema penale minorile" a cura di L. PICOTTI, Padova, Cedam, pp. 61-95;
- FAGET J. (1992), *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Erés;
- FAGET J. (1993), *La médiation pénale: une dialectique de l'ordre et de désordre*, in "Déviance et Société", vol. XVII, n. 3, pp. 221-223;
- FORSE M. (1989), *L'ordre improbable. Entropie et processus sociaux*, Paris, PUF;
- FOUCAULT M. (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la Prison*, Paris: Editions Gallimard;
- GARAPON A. (1992), *Droit, médiation et service public*, in "Information sociales", n. 22, pp. 40-47;
- GARLAND D. (1990), *Punishment and Modern Society*, Oxford, Oxford University Press;
- GARLAND D. (2001), *The meaning of mass imprisonment*, in "Punishment and Society", vol. 3., n. 1, pp. 5-8;
- GONIN D. (1991), *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, Paris, L'Archipel;
- HULSMAN L. (1983), *Abolire il sistema penale? (intervista a...)*, in "Dei delitti e delle pene", pp. 71-89;
- HULSMAN L., BERNAT DE CELIS J. (1982), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris;
- HARRINGTON (1981), *Shadow Justice. The Ideology and Institutionalisation of Alternatives to Court*, Greenwood Press;
- I.S.T.A.T. (1999), *La sicurezza dei cittadini. Reati, vittime, percezione della sicurezza e sistemi di protezione*, Roma: Istat;
- I.S.T.A.T. (2000), *Italia in cifre*, Roma, Istat;
- LAGRANGE H. (1992), *Appréhension et préoccupation sécuritaire*, in "Deviance et Société", vol. XVI; 1, pp. 1-29;
- LEBLOIS-HAPPE J. (1994), *La médiation pénale comme mode de réponse a petite délinquance: état des lieux et perspectives*, in "Revue de science criminelle et droit pénal comparé", n.3, pp. 525-36;
- MARSHALL T. F. (1988), *Out of Court: More or Less Justice?*, in Matthews (ed.), "Informal Justice?", London, Sage, pp. 25-50;
- MATTHEWS R. (1988), (ed.), *Informal Justice?*, London, Sage;
- MATZA D. (1964), *Delinquency and Drift*, New York, John Wiley;
- MATZA D. (1969), *Becoming deviant*, Englewood Cliffs, Prentice Hall;
- MELOSSI D. (2001), *Stati forti e definiti della coscienza collettiva (e l'idea di una «responsabilità condivisa»)*, in "Iride. Filosofia e discussione pubblica", XIV, n. 32, pp. 67-85;

- MESSMER H., OTTO H. U. (1992), *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*, Kluwer Academic Publishers;
- MOSCONI G. (2000), *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in “Prassi e teoria della mediazione” a cura di G. PISAPIA, Padova, Cedam, pp. 3-26;
- NELKEN D. (1988), *Social Work Contracts and Social Control*, in Matthews (ed.), “Informal Justice?”, London, Sage, pp. 108-122;
- NINO C. S. (1980), *Los limites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea;
- OCCHIOGROSSO F. (1999), *Mediazione e dintorni: il punto sulla nuova cultura del vivere civile e del fare giustizia*, in “Minori e giustizia”, n. 2, pp. 5-31;
- PANZE' P. (1999), *Contenuti e significato della conciliazione penale del pubblico ministero*, in “Minori e giustizia”, n. 2, pp. 70-85;
- PAVARINI M. (1991), *Il rito pedagogico. Politica criminale e nuovo processo penale a carico di imputati minorenni*, in “Dei delitti e delle pene”, 2, pp.107-39;
- PAVARINI M. (1997a), *Controlling Social Panic. Questions ad Answers about Security in Italy at the End of Millennium*, in C. SUMNER, R. BERGALLI, (eds.), “Social Control at the End of Millennium”, London, Sage, pp.75-95;
- PAVARINI M. (1997b), *Bilancio della esperienza italiana di riformismo penitenziario*, in “Il vaso di Pandora”; Roma, Treccani, pp 137-153;
- PAVARINI M. (1997c), *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, di prossima pubblicazione in VIOLANTE (a cura di), “Criminalità” per “Enciclopedia d'Italia”, Torino, Einaudi, pp. 981-1031;
- PAVARINI M. (1998), *La “penitenziarizzazione” della giustizia penale*, in “La giustizia negoziata”, a cura di S. MOCCIA, Napoli: E.S.I., pp. 175-83;
- PAVARINI M. (2000), *Processi di ri-carcerizzazione e “nuove” teorie giustificative della pena*, in “Rassegna penitenziaria e criminologica”, 1, 71-102;
- PAVARINI M. (2001), *Lucha contra la criminalidad organizada y “negociacion” de la pena*, in “Nada personal... Esayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”, a cura di VIRGOLINI-SLOKAR, Buenos Aires, Depalma, pp. 17-36;
- PEACHEY D. E. (1989), *The Kitchener Experiment*, in “Mediation and Criminal Justice. Victims, Offeners and Community” a cura di WRIGHT- GALAWAY, London, Sage, pp. 14-26;
- PETERS D. (1973), *Richter in Dienst der Macht*, Stuttgart;

- ROBERT PH. (1984), *Gli effetti della pena per la società*, in “*Dei delitti e delle pene*”, III, pp. 489-512;
- ROCHÉ S. (1993), *Le sentiment d'insécurité*, Paris, PUF;
- SBRICCOLI M. (1974), *Crimen laesae maiestatis*, Milano, Giuffrè;
- SCHIVOLETTO C. (1999), *C'è tempo per punire. Percorsi di probation minore*, Milano, Franco Angeli;
- SCUBBI F. (1990), *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, il Mulino;
- SHEARING C. (2001), *Punishment and the changing face of the governance*, in “*Punishment and Society*”, vol. 3, n. 2, pp.203-220;
- SIMON J. (2001), *Fear and loathing in late modernity: Reflections on the cultural sources of mass imprisonment*, in “*Punishment and Society*”, vol. 3, n. 1, pp. 21-34;
- STEINERT H. (1973), *Der Prozess der Kriminalisierung*, Munchen;
- SUMNER C.S. (1990), *Censure, Politics and Criminal Justice*, Milton Keynes Open University Press;
- UMBREIT M. S., COATES R.B. (1993), *Cross-Site Analysis of Victim-Offender Mediation in Four States*, in “*Crime and delinquency*”, 1993, pp. 565-85;
- VARONA G. (1996), *Restorative Justice: New Social Rites within the Penal System?*, Onati International Institute for the Sociology of Law;
- VATTIMO G. (2001), *Dell'esteriorità dei delitti e delle pene*. in “*Iride. Filosofia e discussione pubblica*”, XIV, n. 32, pp. 59-65;
- VIANELLO F. (2000), *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, in “*Prassi e teoria della mediazione*” a cura di G. PISAPIA, Padova, Cedam, pp. 129-149;
- ZAFFARONI R. (1989), *En busca de la penas perdidas*. Buenos Aires. EDIAR;
- ZAFFARONI R. (2000), *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. EDIAR.

#### SOMMARIO

Al cospetto di un universo di condotte illecite meritevoli di censura ma di fatto agite da soggetti niente affatto bisognosi di essere socialmente controllati e neutralizzati attraverso la pena del carcere, l'Autore dimostra attraverso la letteratura internazionale il naufragio di ogni teoria giustificativa della pena. Una contraddizione si offre all'analisi critica come paradossale: la sola pena che possiamo giustificare non è socialmente praticabile; la sola sofferenza che di fatto irrogiamo, non è giustificabile.

Eppure dalla disincantata ammissione di “pene perdute” la ricerca penologica si muove alla ricerca di nuove forme di penalità.

Dal superamento del paradigma retributivo e dalla crisi di quello rieducativo, forse un nuovo spazio è possibile trovare alla penalità: quello offerto dal *restorative paradigm*.

Nel saggio l'Autore esamina criticamente questa nuova provincia della penalità, che sia pure timidamente comincia a fare capolino anche nel sistema di giustizia penale italiano. In particolare si esamina lo spazio oggi egemonizzato dalla mediazione penale nel processo penale minore e nella giurisdizione penale del giudice di pace.

Senza cadere in facili entusiasmi, l'Autore riconosce che anche la mediazione inclusa nel sistema di giustizia penale qualche cosa di nuovo e di diverso porta con sé, forse non in grado di alterare il sistema stesso, ma certo di contribuire al superamento di vecchi equilibri.

Si può infatti osservare che l'insoddisfazione nei confronti dei due grandi paradigmi della pena - quello retributivo e quello preventivo - risiede nel loro sguardo parziale: quello retributivo, tutto rivolto al passato, annichilito nella considerazione del solo fatto storico di reato e quello preventivo, unicamente proteso verso il futuro, esaltato nella fede di potere impedire nuovi reati. In effetti il *restorative paradigm* si offre invece con lo sguardo aperto a tutto campo. Chiede alle parti in conflitto di ri-considerare il passato, di misurarsi sul senso di un fatto storico che ha rotto un equilibrio; ma chiede anche di superare insieme quella frattura, per incamminarsi più serenamente verso il futuro.

Ciò non induce ottimisticamente a ritenere che il *restorative paradigm* rappresenti il definitivo approdo alla navigazione in cerca di una nuova penalità funzionalmente e culturalmente compatibile in uno stato sociale di diritto, una volta che alle spalle si siano definitivamente lasciati quelli retributivo e rieducativo. Nulla di definitivo, quindi, ma pur sempre un porto in cui fare momentaneamente sosta, in vista di continuare la *recherche*.

#### SUMMARY

In the presence of a universe of unlawful behaviours worthy of censure but actually acted by individuals not at all needing to be socially controlled and neutralised through imprisonment punishment, the Author proves through the international literature the wreck of every theory justificative of penalty. A contradiction is offered as paradoxical to the critical analysis: the only punishment we may justify is not socially practicable; the only pain we actually impose, is not justifiable. Yet from the disenchanting acknowledgement of "wasted penalties" the penological research moves towards the search of new forms of penalty.

From the overcoming of the retributive paradigm and the crisis of the re-educational one, maybe it is possible to find a new space for punishment: the one offered by the *restorative paradigm*.

In the essay the Author critically examines this new province of penalty, which even timidly begins to peep in the criminal justice system

of Italy. In particular it is examined the space today dominated by penal mediation in the minors criminal proceedings and in the penal jurisdiction of the justice of peace.

Without falling into easy enthusiasms, the Author recognises that also the mediation contemplated by the criminal justice system carries something new and different, perhaps not able to alter the system itself, but able to surely contribute to the overcome the ancient equations.

It may also be observed that dissatisfaction towards the two big penalty paradigms, the retributive one and the preventive one, resides in their partial glance: the retributive one, completely turned to the past; annihilated in the consideration of the only historical fact of crime and the preventive one, solely outstretched towards the future, overexcited by the convincement to may impede new offences. As a matter of fact the *restorative paradigm* instead offers itself with a wide open glance. He asks the conflicting parts to reconsider the past, to measure themselves in the sense of an historical event which broke an equilibrium; but also asks to overcome together that rift, to set out more serenely towards future.

This doesn't optimistically induce to deem that the *restorative paradigm* represent the definitive landing to the navigation in search of a new penalty functionally and culturally compatible in a social State subject to the rule of Law, once it is definitively left behind the retributive and re-educational ones. Nothing definitive, then, but even still an harbour where to stop temporarily with a view to proceed with the *research*.

#### RÉSUMÉ

Devant un univers de conduites illicites dignes de censure mais de fait agies par des sujets pas du tout nécessairement d'être socialement contrôlés et neutralisés par la peine de l'imprisonnement, l'Auteur montre à travers la littérature internationale le naufrage de toute théorie justificative de la peine. On offre une contradiction à l'analyse critique comme paradoxale: la seule peine que nous pouvons justifier n'est pas socialement praticable; la seule souffrance que nous de fait infligeons, n'est pas justifiable.

Pourtant de le désenchanté consentement de "peines perdues" la recherche pénologique bouge à la recherche de nouvelles formes de pénalité.

Du dépassement du paradigme de la rétribution et de la crise de celui de la rééducation, peut-être il est possible de trouver un nouvel espace à la pénalité: celui offert par le "restorative paradigm".

Dans l'essai l'Auteur examine d'un oeil critique cette nouvelle province de la pénalité qui, même si timidement commence à percer dans le système de justice pénale italien. En particulier on examine l'espace aujourd'hui dominé par la médiation pénale dans le procès pénal des mineurs et dans la juridiction pénale de paix.

Sans tomber en faciles enthousiasmes, l'Auteur reconnaît que même la métiadion incluse dans le système de justice pénale quelque chose de nouveau et de différent porte avec elle-même, peut-être pas capable d'altérer le système même, mais sûre de contribuer au dépassement d'anciens équilibres.

On peut en effet observer que l'insatisfaction à l'égard de deux grands paradigmes de la peine – celui de la rétribution et celui de la prévention – réside dans leur regard partiel: celui de la rétribution, entièrement tourné au passé, anéanti dans la considération du seul fait historique de crime et celui de la prévention, uniquement tendu vers le futur, exalté dans la foi de pouvoir empêcher de nouveaux crimes. En effet le "*restorative paradigm*" se propose avec un regard tout à fait ouvert. Il demande aux parties en conflit de reconsidérer le passé, de se mesurer dans le sens d'un fait historique qui a frappé un équilibre; mais il demande aussi de dépasser ensemble cette fracture, pour s'acheminer plus sereinement vers le futur.

Ça ne pousse pas à croire d'un esprit optimiste que le *restorative paradigm* représente le définitif abordage à la navigation pour chercher une nouvelle pénalité fonctionnellement et culturellement compatible dans un état social de droit, chaque fois que on a définitivement laissé sur le dos ceux de la rétribution et de la réduction. Rien de nouveau, donc, mais même toujours un port où faire momentanément halte en vue de continuer la *recherche*.