

## TEORIE DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA \*

ELIGIO RESTA\*\*

Nell'esaminare la posizione del Consiglio Superiore della Magistratura nei confronti della mediazione, si delinea una sensazione sempre più chiara che da parte della Magistratura vi sia una sorta di attenzione *curiosa* e *sospetta*: "sospetta" in quanto il giudice avverte l'impossibilità della Giustizia penale di cogliere gli aspetti più drammatici dei conflitti, ma sa anche che allo stato attuale delle cose del giudice non si può fare a meno, partendo, quindi, da una posizione di rendita in cui tutto potrebbe essere diverso, ma con la consapevolezza dell'inattuabilità di tale cambiamento.

Questa è una condizione che mi interessa molto perchè ci conduce direttamente nel campo della questione posta prima da M. Wright; il campo è esattamente uno, che definirei, riportandolo alle mie categorie, "Il tema della ecologia dei conflitti". Con esso ritornano le questioni riguardanti il Consiglio Superiore della Magistratura, il rapporto tra il giudice, i mediatori e i conflitti.

L'approccio ecologico ha il vantaggio di riportare la questione al luogo dove si producono i conflitti e allo stesso tempo si producono i rimedi: la società, gli individui stessi, liberandosi dai fantasmi hegeliani dello Stato, diventano consapevoli che all'interno della società si producono i conflitti, ma è nella stessa società che si producono anche i rimedi. Si sgombra quindi il campo da un'idea della giustizia, anche penale, per cui gli individui se sono responsabili, lo sono per propria natura, se invece sono irresponsabili è perchè la società giustifica loro tutto. Basti guardare, per una verifica, i resoconti giornalistici dei casi di cronaca di vari omicidi intra-familiari, parricidi, matricidi che si sono verificati e si troverà che c'è sempre nel fondo questo senso di colpa della società per cui gli individui sono responsabili, ma fino ad un certo punto, è sempre colpa della società: tale modello eziologico e giustificazionista che ritorna è il sintomo di una incapacità di uscire da questo gioco ecologico. Io credo che avere un

---

\* Contributo presentato nell'ambito del Convegno sul tema "*Quali prospettive per la mediazione? Riflessioni teoriche ed esperienze operative*", svoltosi a Roma il 20/21 Aprile 2001.

\*\* Università degli Studi di Roma "Tre"

approccio di tipo ecologico può aiutare a rendersi conto di come sia necessario pensare diversamente i cosiddetti rimedi circa i problemi che i conflitti producono.

Il termine "mediazione" ha dell'equivoco e del paradossale, ma io lo difendo e me ne approprio, poiché "equivoca" e "paradossale" sono attribuibili per le medesime ragioni alla formula usata da M. Wright di "giustizia riparativa". Cito a tal proposito un luogo classico di S. Tommaso (lo faccio con molta laicità), il quale scrive le *"Quaestiones quod libertales"*, in cui pone un problema: si può restituire la verginità alla vergine che è stata offesa? All'interno di questo paradosso della giustizia riparativa comincia a riflettere sul paradosso della giustizia stessa. Quindi, voglio dire, se la parola "mediazione" pone dei problemi, altrettanti ne pone la formula "giustizia riparativa". Le parole sono importanti è per questo che ho apprezzato molto la finezza anche linguistica di M. Wright; mi ha particolarmente colpito l'uso del termine "responsabilità", che traduce con il termine inglese *"responsible"*, con cui sottolinea che "essere responsabile dipende dalla risposta", per cui la storia dei sistemi giudiziari è la storia di una società che ha cercato da sempre di mettere insieme l'essere responsabile di qualcosa, *mentre* e *perché* si risponde a qualcuno, con tutti i problemi che questa idea della responsabilità si trascina, poiché se non c'è qualcuno che ci interroghi o che ci chiama a rispondere non siamo responsabili (per esempio non siamo responsabili nei confronti delle generazioni future le quali non potranno chiamarci a rispondere di quello che facciamo oggi, oppure non siamo responsabili nei confronti della natura perché essa non ha le sue lobbies, o meglio chi si pone a baluardo della natura lo fa solo in virtù di un preciso ruolo politico).

Quindi la storia del rapporto tra rispondere e l'essere responsabile è la storia comune alla giustizia riparativa e ai suoi paradossi, ma è anche la storia comune alla mediazione, (di cui M. Wright ha tessuto le lodi).

In base, dunque, a questo approccio ecologico, ci tengo al che si "lavori con il cesello" sul meccanismo delle differenze tra giustizia e mediazione, poiché ho l'impressione che la virtù della mediazione consista esclusivamente nel suo porsi in un ordine linguistico lontano dal meccanismo della giustizia: mai cofondere (nel senso di fondere insieme) questi due meccanismi.

Un altro discorso, fondamentale dal punto di vista proprio dell'ingegneria istituzionale, è quello di una perfetta comunicazione tra i sistemi autonomi e indipendenti della mediazione e

della giustizia. Infatti ci troviamo di fronte ad una storia in cui lo Stato si è Hegelianamente appropriato, per una serie di vicende, del potere di giudicare e del potere di punire e continuerà ad essere il monopolista della giustizia rispetto alla quale altre forme di composizione dei conflitti dovranno avere un riconoscimento o un ruolo. Diciamo che si necessita di un meccanismo comunicativo molto preciso tra giustizia e mediazione perchè lo Stato è forte, è il monopolista della decisione, non perchè esiste una virtù recondita, ma soltanto perchè per una serie di vicende storiche lo Stato si è appropriato del potere di punire e di giudicare. In parole molto semplici bisogna sapere se il processo va sospeso, se la mediazione è una condizione di procedibilità o di procedimentalizzazione, se si tratta di una causa di esclusione del reato, cioè bisogna rispondere alla giustizia sul terreno della giustizia e per questo attivare una serie di comunicazioni tra mediazione e giustizia che salvino le differenze della mediazione rispetto alle differenze della giustizia; se confondiamo questi due termini non facciamo un buon servizio, cioè penseremo ad un mediatore, così come è scritto persino nei tesi delle Raccomandazioni dell'U. E., che sarà mimetico rispetto al giudice, che viene definito "imparziale e terzo", facendo in modo che sia un modello di giudice in miniatura, senza i poteri, ma con tutti i meccanismi del giudice. Io credo che non vi sia bisogno di un altro giudice, ma c'è bisogno di un'altra "cosa".

Le parole sono importanti, M. Wright ha fatto un lavoro molto interessante sui vocaboli che in tutte le lingue indoeroupee si usano, non soltanto italiano/inglese, sarebbe interessante lavorare per esempio sul tedesco e lo spagnolo, due lingue appartenenti a culture totalmente diverse: il cattolicesimo, da una parte, il calvinismo dall'altro. In italiano, per es. la parola "aggiustare" si porta dietro esattamente questo gioco di confini tra la giustizia e la mediazione: AGGIUSTARE > AGGIUSTARSI = "ridefinire la propria posizione", "fare un autosacrificio", "ritrovare il *iustum* (la posizione corretta)". La cultura occidentale da Anassimandro in poi (a partire cioè dal famoso "detto di Anassimandro"), ci ricorda che la giustizia non è qualcosa da rimettere al giudice, il giudice è infatti competente soltanto per la contabilità, cioè deve mettere in comparazione interessi e diritti e decidere; la gestione è una questione totalmente differente, come diceva Shakespeare nell'Amleto, la giustizia è "*out of joints*" e non è competenza dei giudici rimettere giustizia. Bisogna allora scavare in un altro modo di guardare ai conflitti, ed in una revoca costante dell'idea di Stato, dice bene M. Wright

quando afferma che bisogna pensare ad una giustizia riparativa o una mediazione che sia capace di contestare che tutti i crimini sono contro lo Stato, che non è lo Stato il punto di riferimento della legittimazione del potere di punire, non lo è poichè semmai lo sarebbe una sfera pubblica in cui siano coinvolti tutti gli individui: tra Stato e sfera pubblica corre un mare di differenza, soltanto dagli Stati autoritari in poi questo meccanismo è stato confuso, cioè la sfera pubblica è stata incorporata all'interno dello Stato. Basti guardare l'architettura dei codici penali, specie quelli italiani, nel Codice Rocco, per esempio, se si andasse a verificare qual'è la forma dei valori tutelati nella parte speciale del codice, quella più difficile da riformare. Nel Codice Rocco, ma anche in altri Codici europei, si trova, p.es., una figura centrale di reato, che è il reato contro lo Stato, senza il quale non è pensabile tutto l'altro meccanismo, alla base ci sono i reati contro la proprietà e la libertà individuale che sono intanto riconosciuti in quanto rappresentativi del potere di punire dello Stato. Lo Stato è questa figura centrale di cui bisogna liberarsi, la giustizia penale non è affare dello Stato: questo è il primo grande passaggio che bisognerebbe fare, per cui non esistono crimini senza vittime, nè esiste una figura impersonale che deve tutelare tutta la comunità. La giustizia penale è affare della comunità, dunque bisogna cominciare a dire che non esistono reati che non abbiano un autore ed una vittima. Significa guardare alla giustizia penale non più dal punto di vista dell'astrazione, ma della concretezza dei soggetti coinvolti. Dunque è merito della giustizia riparativa o della mediazione riparlare di *vittima* e *offensore*, di questi soggetti in carne ed ossa e non invece delle *fattispecie giuridiche*, che parlano in astratto di soggetto che ha commesso il reato e di soggetto che ha subito un danno. Non solo bisognerebbe ragionare in termini più concreti di vittima e autore del reato, ma anche azzardare l'ipotesi di stipulare una sorta di contratto tra i due, correre anche il rischio di parlare di contratto, pur di ridare protagonismo a questi soggetti.

L'altro problema importante è che mentre nella giustizia ordinaria si pensa alla *responsabilità* in funzione della pena e del castigo, nella mediazione pur essendo essa fondamentale, non lo è in relazione al problema della punizione, ma è soltanto la capacità di rimettere comunicazione all'interno di due mondi che sono stati interrotti dall'offesa. In questo senso è molto interessante l'esperienza di un'altra forma diffusa a livello politico, ma che difficilmente riusciamo a tematizzare a livello

giuridico: la questione del *perdono*. In Italia è diventato attuale da quando si parla molto di "revisionismo", di revisionismo della storia, ma anche di che cosa fare nei confronti di alcuni fatti drammatici della storia italiana che non hanno potuto avere un esito giudiziario, e che, tutto sommato, ci impegnano ad una responsabilità collettiva: le violenze della guerra, il terrorismo, tangentopoli. La questione del perdono è molto vicina ai temi di cui stiamo parlando, anzi, la vedo in consonanza molto forte con l'ultima frase di M. Wright sulla trasformazione della comunità che è *autotrasformazione*, perchè il perdono non è questa capacità di donare ad altri, ossia l'esonero della colpa, non c'è questa onnipotenza: noi non perdoniamo all'altro nel senso che possiamo regalargli la sua *irresponsabilità*, possiamo invece perdonare quando abbiamo una capacità anamnestiche di autoanalisi che ci consente di incominciare a pensare che essere fermi al risentimento non produce alcuna conseguenza, ci fa soltanto vivere male, ma non realizza il cambiamento che ci aspetteremmo. Colui che perdona attraverso questo meccanismo di anamnesi ha questo potere sconfinato di far rifluire il tempo; il risentito, colui che non perdona, è, invece, colui che ferma l'orologio della storia all'offesa ricevuta e aspetta lì come la vecchia metafora cinese, aspettando che il corpo del nemico passi davanti al fiume. Quindi *anamnesi* vuol dire esattamente questa capacità di mettersi in discussione e di cambiare la comunità attraverso il processo di *self - transformation*; questo è un nodo fondamentale, la giustizia non si può occupare di queste cose, la giustizia deve dire il diritto ed evitare che si produca la cattiva infinità delle liti: essa deve dire che d'ora in poi questi due che stanno litigando non litigheranno più, è esattamente una economia del tempo. Il giudice nell'interrompere la lite non si preoccupa del risentimento, del perdono, se lo fa, è solo ad un livello subdolo, che è preoccupante, ma non è il suo compito. Una giustizia riparativa è diversa in quanto rimette in gioco un'altra dimensione della vita che è più importante, un meccanismo virtuoso attraverso il quale il processo di cambiamento è un processo che riguarda tutti, ma parte da sé stesso.

L'ultimo punto implica una questione difficile da risolvere che ha delle conseguenze anche dal punto di vista istituzionale: il giudice si presenta come terzo equidistante ed imparziale, la sua figura è costruita da sempre sulla più grande astrazione dell'Occidente, la figura del terzo. Il terzo che è *equi-distante* dai confliggenti, che non è *nè questo nè quello* e la parola

*neutro* significa esattamente "nec utrum" (nè l'uno nè l'altro). Abbiamo dovuto inventare la figura del terzo e l'abbiamo dovuta attaccare come la gelatina sul muro all'idea della legge perchè ci fosse la possibilità di un giudizio dentro la società, ma fuori dalla società, per cui il giudice è competente a decidere come terzo su tutto, anche sulle questioni della vita in cui "non può essere" se non *questo* o *quello*. Esempio? Un esempio che porto sempre è il fatto che il giudice spesso decide su questioni di genere o di sesso, anche quando non lo sa, e lo fa sulla base di una legge che non può non essere *questo* o *quello*. Noi affermiamo che è terzo anche quando non può essere nè questo nè quello, ma è terzo anche quando decide sulla questione delle generazioni e non può essere terzo rispetto alle generazioni! Pensiamo anche alla giustizia internazionale che è un altro dei campi più difficili di comprensione e di applicazione: attribuiamo criteri di giudizio a soggetti che fanno parte della comunità internazionale e che in assenza di alcuna legalità non sono altro che Stati che hanno vinto, facciamo così esattamente come suggeriva Musatti "tappandoci il naso e facendo finta che sia vero".

Che cosa mette in gioco di diverso la Mediazione che deve diventare anche una proposizione normativa? Mette in gioco non questa neutralità e becera equidistanza hegeliana, ma la capacità di essere questo e quello: il mediatore non è l'imparziale ed il terzo. Lo asserisco da tempo, ma vi è una difficoltà insita nella cultura a capire e a ricadere nel tranello del terzo. Il mediatore è il mezzo della riattivazione della comunicazione, egli non è equi-distante, ma *equi-prossimo* ai due confliggenti e deve sporcarsi le mani con i conflitti, così come si sporca le mani il soggetto della comunità che si prende carico dei conflitti di un piccolo gruppo, ciò significa vivere nella comunità.

C'è una bellissima ricostruzione che è stata fatta in una ricerca in vari Paesi del mondo sull'uso della Mediazione rispetto ai conflitti, in cui c'è un saggio finale di P. Berger, il quale analizza una prassi che esiste in tutti i Paesi e che ha a che fare con la comunicazione politica. Dalla sua analisi scaturiscono tre modelli di mediazione dei conflitti.

Il primo è quello della *Imperative Mediation*, cioè la mediazione di tipo coercitivo di chi deve costringere le parti in gioco, che nonostante le norme sono attaccate ad interessi, ad attuare una composizione dei loro interessi, per es. i conflitti del lavoro. "Mediazione coercitiva" è un ossimoro, ma è una prassi utilizzata in modo efficace, si tratta di una coercizione con effetti mediativi.

Il secondo modello è la *Mediazione pragmatica*: il pragmatismo nella mediazione consiste nel cercare costantemente attraverso l'*informal setting* di tradurre le norme in interessi, attraverso un riposizionamento informale, allo scopo di ridurre l'arroganza degli interessi stessi. Questo tipo di setting, che ho definito "informale" è molto diffuso, è una modalità sostenuta da una grande sapienza che ci aiuta a capire i conflitti da mediare, come mediarli e soprattutto da chi devono essere mediati.

L'ultimo esempio, quello più interessante per cui vale la pena lavorare molto per una diffusione della cultura mediativa - riparativa è la *Dialogical mediation* (mediazione dialogante), in cui la parola "dialogante" non vuole significare una assunzione delle differenze normative come esistenti, ma trovare compromessi ideali, non certo di interesse; ad esempio il revisionismo in Italia, tutte le volte che c'è da fare i conti con la propria storia.

A proposito c'è un'espressione di M. Wright che mi sento di condividere fino in fondo: uno dei modi di raccontare la propria storia, che è il più drammatico, ma anche il più autotrasformativo è *parlare non delle proprie colpe, ma della propria responsabilità*.

#### RIASSUNTO

Il contributo di Eligio Resta delinea la figura del mediatore come colui che a differenza del giudice non è equidistante, ma equi-prossimo non esita cioè a sporcarsi le mani nel confrontarsi con i conflitti, anche se deve come mediatore assumere un ruolo non sbilanciato. In tal senso nell'amministrazione della giustizia il mediatore non deve essere un giudice in miniatura cioè con poteri ridotti poiché la giustizia riparativa implica l'attuazione del perdono che non può essere di competenza del giudice. La mediazione infatti adotta un paradigma che impone di non parlare delle proprie colpe, ma delle proprie responsabilità, asserendo che sussiste responsabilità solo nel momento in cui dobbiamo rispondere a qualcuno.

#### SUMMARY

For Eligio Resta the mediator must be directly engaged with victim and offender and must take a balanced approach between victim and offender. In the law enforcement the mediator hasn't be a minor judge with a low power; the restorative justice take the pardon that doesn't involve the judge competence. Mediation apologizes the responsibility, not the guilty, sustaining that there is responsibility only when we must answer to someone.

## RÉSUMÉ

La contribution de M. Resta décrit le médiateur comme celui qui, contrairement au juge, n'est pas équidistant, mais équi-proche ; c'est-à-dire qu'il n'hésite pas à se salir les mains en se confrontant aux conflits, même si, en tant que médiateur, il doit jouer un rôle non déséquilibré. En ce sens, dans l'administration de la justice, le médiateur ne doit pas être un juge en miniature c'est-à-dire avec des pouvoirs réduits puisque la justice réparatrice entraîne la réalisation du pardon, qui ne peut pas être du ressort du juge. La médiation, en effet, adopte un paradigme qui impose de ne pas parler de ses propres fautes, mais de ses responsabilités, en affirmant que la responsabilité existe seulement lorsque nous devons répondre à quelqu'un.