

Oltre il delitto, oltre il castigo

Teoria, prassi e critica della giustizia riparativa

Giuseppe Maglione, 2008

Introduzione

Capitolo 1

La vita non vive: Welfare State biopolitico e regolazione dei conflitti

1.Premessa

1.Considerazioni teoriche preliminari e questioni di metodo

2.Condizioni di intelligibilità

2.1

Dalla razionalità governamentale liberale al regime socio-politico del Welfare State: una ricognizione delle origini della funzione bio-norm

2.1.1

Stato protettore classico, governamentalità liberale, Welfare State: profili minimi ed essenziali

2.1.2

Contatto sinaptico: il governo dell'In/Sicurezza

3.La funzione biopolitico-normalizzatrice del Welfare State: come si fabbricano soggetti e bisogni sociali

4.Processi critici

4.1

Fattore di crisi: potere pastorale/popolazione

4.2

Fattore di crisi: ragioni di Stato/legittimazione/sicurezza

4.3

Fattore di crisi: Polizei/rischio

5.Conclusione provvisoria sui processi critici del bio-norm del Welfare State e scenari attualmente emergenti

Capitolo 2

Welfare State biopolitico e Legal System: macro-trasformazioni giuridiche

1.Premessa

1.Funzionamento della biopolitica del Welfare State e *Legal System*: una prima macro-trasformazione

1.1

Giuridificazioni possibili: una precomprensione concettuale e storica

1.2

La giuridificazione del Welfare State: ricostruzione delle dimensioni qualitative

1.3

- Alcuni riferimenti empirici alla nozione proposta di Giuridificazione
- 1.4 Aspetti disfunzionali della giuridificazione (sintesi)
- 2. Disfunzionamento del Welfare State biopolitico e *Legal System*: premesse alla giudiziizzazione sociale
 - 2.1 Processi critici del Welfare State biopolitico e frustrazione delle aspettative
 - 2.2 La trasmigrazione delle aspettative
 - 2.3 Legal Culture: da una precomprensione concettuale alla Legal Culture orizzontale
- 3. Giudiziizzazione del sociale: profili, problemi, prospettive
 - 3.1 Giudiziizzazione: una precomprensione concettuale e storica
 - 3.2 Giudiziizzazione del sociale: aspetti qualitativi e quantitativi
 - 3.3 Giudiziizzazione del sociale e crisi del Welfare State: effetti sugli equilibri politici e scenari emergenti
 - 3.4 Conclusioni provvisorie sulla giudiziizzazione: magistrature del soggetto
- 4. Conseguenze di giuridificazione e giudiziizzazione del sociale: la colonizzazione giuridica della *Lebenswelt*
 - 4.1 Habermas: dal sistema alla *Lebenswelt*
 - 4.2 Diritto come *medium* e diritto come istituzione nella colonizzazione della *Lebenswelt*
 - 4.3 Riferimenti empirici alla colonizzazione giuridica della *Lebenswelt*

Capitolo 3

Giustizia riparativa: tra l'essere e il dover essere

- 1. Premessa
 - 1. Giustizia riparativa: una prima ricognizione dei significati sociali
 - 2. Giustizia riparativa: il paradigma nelle interpretazioni "tradizionali"
 - 2.1 La nozione orientata sulla "vittima" del reato
 - 2.2 La nozione orientata sulla comunità
 - 2.3 La nozione orientata sui contenuti e sulle modalità della Riparazione
- 3. Gli obiettivi della giustizia riparativa nelle interpretazioni "tradizionali"
 - 3.1 Il riconoscimento della vittima
 - 3.2 La riparazione del danno nella sua misura globale
 - 3.3 L'autoresponsabilizzazione del reo
 - 3.4 Il coinvolgimento della comunità nel processo di Riparazione
 - 3.5

- L'orientamento delle condotte attraverso il rafforzamento degli standards morali collettivi
- 3.6 Il contenimento del senso di allarme sociale
- 4. Modelli comunicativi, riparazione e *Lebenswelt*: per una concettualizzazione alternativa della giustizia riparativa
- 5. Tecniche e strumenti della giustizia riparativa
 - 5.1 I programmi di riconciliazione autore-vittima e la mediazione
 - 5.2 La Neighbourhood Justice
 - 5.3 Il Family Group Conferencing (FGC)
 - 5.4 I "consigli commisurativi" ed i "resoconti di vittimizzazione"
- 6. Una paradigmatca di sintesi degli strumenti della giustizia riparativa

Capitolo 4

Prassi applicative

- 1. Premessa
- 1. Tecnologia della mediazione
- 2. La mediazione penale: un profilo normativo
 - 2.1 La Raccomandazione N. (19)99: la "positivizzazione" della mediazione penale
 - 2.2 La "Declaration of Basic Principles on the use of Restorative Justice programmes in criminal matters"
 - 2.3 Gli atti internazionali implicitamente attinenti alla mediazione penale, una sintesi introduttiva
 - 2.3.1 Lo spazio della vittima nella legislazione internazionale
 - 2.3.2 La Dichiarazione di Vienna del 1985, i diritti delle vittime del crimine
 - 2.4 La mediazione penale nell'ordinamento penale italiano: il D.lgs 274/2000
- 3. La mediazione penale: un profilo sociologico-giuridico
 - 3.1 La mediazione penale presso il Giudice di Pace di Firenze
 - 3.2 La mediazione penale presso i Giudici di Pace del Trentino
 - 3.3 La mediazione penale presso il Giudice di Pace di Milano

Capitolo 5

Profili critici

- 1. Premessa
- 1. L'inglobamento della giustizia riparativa nella giustizia penale
 - 1.1

Anomalie dell'informalismo

2. Una ricognizione possibile delle contraddizioni della mediazione penale

2.1

Pericoli dell'orientamento alla vittima

2.2

La mediazione come strumento di oppressione sociale

2.3

Limiti pratici della mediazione penale

3. Intersezioni critiche

Considerazioni conclusive

Riferimenti bibliografici

Introduzione

Il fine di chi scrive è la coerenza. Il rischio è di imporre coerenza ad una realtà che è disordine e il risultato è quindi una falsificazione. Non esiste modo per evitare quel rischio, poiché scrivendo si mette insieme o si organizza del materiale. Quindi la sola discussione legittima su un'opera, riguarda la misura dell'impostazione o il grado della falsificazione, mentre la sola compensazione che si può contrapporre è la possibilità del divertimento o del chiarimento (1). D. Matza

L'argomento che mi accingo trattare è sufficientemente complesso e disordinato da renderne qualsiasi tentativo di descrizione inevitabile *falsificazione*. Lo statuto epistemologico dell'analisi condensate in queste pagine risulta refrattario a qualsivoglia incasellamento "disciplinare": troveranno spazio e si intrecceranno considerazioni sociologiche, filosofico-politiche, storiche, socio-economiche spesso sovrapponendosi e contraddicendosi, conseguenza diretta dell'utilizzo di griglie interpretative "originali".

In via del tutto preliminare, dico anche che la prospettiva dello studio proposto, scaturisce da una personale disposizione dell'essere, da una condizione di sentita *insofferenza*.

Mi spiego meglio. Una particolare forma di disagio deriva puntualmente, dalla lettura della (quantitativamente contenuta) produzione scientifica (soprattutto italiana) circa i riferimenti teorici, le radici culturali, del *Restorative Justice paradigm*: è il disagio che deriva dal verificare una sostanziale omogeneità, di più: un'evidente *omologazione* nell'elaborazione di strumenti euristici, nella definizione dei percorsi di analisi, nonché nelle acquisizioni finali, in relazione a quel particolarmente attuale argomento. È come se quegli studi fossero pensati dalla stessa mente e scritti dalla stessa mano, sembra esserci un accordo di base percepito come *naturale*: regna incontrastato un *irenismo* manifesto, tra gli studiosi della materia, una pace che mi mette a disagio, appunto.

Con Alfred Schütz potrei concettualizzare la letteratura sulle basi teoriche della giustizia riparativa, come una specie di "*mondo dato per ovvio*" (2), un complesso di verità "tipizzate" e indiscutibili, avvertite come semplicemente naturali, che determinano in modo molto conseguente quell'omologazione, quella condivisione irenica dei riferimenti teorici del paradigma riparatorio. Più analiticamente, quelle discussioni si sviluppano tutte a partire da alcune, ricorrenti infrastrutture concettuali: quella della *crisi* (crisi del diritto, crisi dello Stato e di sovranità, crisi dei dispositivi tradizionali di regolazione della conflittualità sociale dichiarata), quella della *complessità* (complessità del sociale, complessità del crimine e delle relazioni tra attori dei fenomeni criminosi ecc). Per rispondere efficacemente a quella crisi assecondando la complessità montante delle società postmoderne, c'è bisogno di strumenti nuovi e innovativi, la Giustizia riparativa tra questi (3).

Attingendo ecletticamente ai contributi generosamente offerti dall'antropologia culturale piuttosto che dall'abolizionismo penale, con lo sguardo (strabico) rivolto agli studi sulla critica sociale postmoderna piuttosto che alle modalità di gestione dei conflitti delle società tradizionali, suffragati dalle analisi di diritto comparato e dalla *vulgata* sulla mitezza giuridica, gli studiosi delle *cultural roots* della giustizia riparativa, pervengono tutti a quella stessa, identica ricostruzione teorica.

Il mio problema rispetto a queste posizioni, non è tanto il lato "prescrittivo" (riparazione come risposta necessaria), bensì l'analisi "eziologica" che le prescrizioni anticipa ed orienta. "*Crisi*" è concetto consunto dall'utilizzo banalizzante che ne è stato fatto e se ne continua a fare; "*Complessità*" è espressione non priva di ambiguità e non meno usurata della prima. Ma anche considerando euristicamente funzionali queste due categorie, sarebbe forse necessaria una maggiore specificazione concettuale delle stesse, maggior rigore nel riferire delle *condizioni di possibilità* del paradigma in discussione.

L'obiettivo che mi pongo con questo studio, è, con un piccolo *gesto iconoclasta*, provare ad elaborare un diverso percorso di analisi, condotto secondo una prospettiva "esterna", che pur tenendo in considerazione certi contributi della letteratura "irenista", ne problematizzi alcune pacifiche acquisizioni, decostruisca alcune "ovvie" certezze, riferisca di altre e diverse prospettive. Non ho la velleità di essere originale, né di riuscire a rendere conto di tutte le condizioni di possibilità della Riparazione; il mio obiettivo è invece provare a diagnosticare l'*attualità* della questione (aspirazione minima), illuminandone alcuni aspetti problematici (aspirazione massima), di svolgere un lavoro metodologicamente *eccentrico* e di indurre un po' *conflitto* anziché di stucchevole pacificazione,

ovviamente con un margine inevitabile di falsificazione...

Coerentemente a queste premesse, la prima parte dello studio proposto, consiste nel tentativo di tracciare un profilo teorico della prima tra le *condizioni di possibilità* dell'emergenza storica del paradigma della Giustizia riparativa.

La mia ipotesi è che la diffusione e lo sviluppo della Giustizia riparativa, cui si assiste a partire dalla prima metà degli anni settanta negli USA e successivamente anche negli ordinamenti giuridici Europei, sia conseguenza del deperimento istituzionale e di una variazione qualitativamente intensa, di *natura* oserei dire, di un complesso reticolo di "dispositivi" operativi "dentro" e "sul" tessuto sociale, legati inscindibilmente all'esistenza e al funzionamento dell'infrastruttura istituzionale del Welfare moderno. Cercherò di mostrare partendo da lontano, ricostruendone le *condizioni d'intelligibilità* attraverso un'analisi *genealogica*, come il funzionamento di tali dispositivi si risolve in una specifica forma di gestione preventiva di conflitti sociali, potenzialmente deflagranti, attraverso la costruzione ed orientamento dei bisogni della collettività, la *soggettivizzazione collettiva*, "integrando" la collettività tramite un "doppio movimento" di individuazione e massificazione.

L'analisi di tale fenomeno, che definirò apparato *bio-norm del Welfare State*, consisterà in un tentativo di indagine delle sue caratteristiche principali, della sua struttura, della sua funzione, e rappresenterà contestualmente, l'elemento da comprendere (*explanandum*) ma anche lo strumento di penetrazione analitica di altre questioni che nel prosieguo dello studio si presenteranno (*explanans*).

Successivamente esaminerò il funzionamento effettivo di quello stesso dispositivo. Non come dovrebbe essere, ma com'è. Presterò attenzione soprattutto alla dimensione del dis-funzionamento del bio-norm, alle condizioni di insorgenza e alle interferenze di questo dis-funzionamento con l'azione di altri dispositivi deputati formalmente alla regolazione della conflittualità sociale. Mi dedicherò in sintesi ai processi critici del fenomeno bio-norm del Welfare State.

La seconda parte dello studio si propone di analizzare l'impatto dell'evoluzione del Welfare State biopolitico sul *Legal system*. In prospettiva storica diacronica, il processo di macro-trasformazione che investe il *Legal system*, legato alla parabola Welfare State biopolitico, si sviluppa in due momenti, connessi rispettivamente, a "funzionamento" e "disfunzionamento" del Welfare State, investendo due distinte dimensioni del *Legal system*: prima, la dimensione di produzione normativa dando luogo al processo di *giuridificazione sociale*; in un secondo momento (quando il Welfare State biopolitico "declina") il mutamento riguarda gli apparati giurisdizionali, dando luogo al fenomeno della *giudiziarizzazione del sociale*, effetto, quest'ultimo, che si vedrà condizionato da una modificazione qualitativamente intensa della *legal culture*, come termine di mediazione tra mutamento sociale e mutamento giuridico.

Configurerò, l'effetto ultimo di entrambe le macro-trasformazioni giuridiche, secondo una prospettiva habermasiana, come *colonizzazione giuridica della Lebenswelt*.

Il terzo capitolo è dedicato alla descrizione del *Restorative justice paradigm* come reazione strutturata della *Lebenswelt* alla irreggimentazione/colonizzazione giuridico/giudiziaria. Il paradigma riparativo verrà in rilievo, come schema di concettualizzazione dei fenomeni criminosi alternativo all'interpretazione secondo criteri di razionalità giuridici: conflitti da gestire costruttivamente attingendo alla risorsa comunicativa presente nei mondi vitali e non crimini da reprimere. Da diversa angolazione, il paradigma in discussione apparirà una composita *teoria sociale di giustizia*, un complesso di pratiche (discorsive e operative) finalizzate alla stimolazione della composizione endogena dei conflitti sociali, un tentativo di ri-dispiegamento dei mondi vitali come spazi di interazione comunicativamente strutturati.

La quarta parte della ricerca tenta invece di analizzare un esempio empirico di giustizia riparativa: la mediazione penale per adulti nell'ordinamento italiano. Di questa pratica riparativa verrà offerto un profilo normativo e una descrizione delle prassi applicative secondo lo stile etnografico. L'obiettivo di questa "digressione applicativa" sarà evidentemente, cimentare alla luce delle dinamiche operative il potenziale della Giustizia riparativa, fornendone, appunto, una verifica empirica.

Il capitolo quinto invece consiste di un tentativo di focalizzazione e analisi di alcuni dei principali profili critici del *Restorative justice paradigm*. Se tale paradigma può rappresentare la "reazione" della *Lebenswelt*, contiene altresì un potenziale di degenerazione in pratiche di neutralizzazione di conflitto sociale e dunque di disciplinamento, particolarmente intenso, sul quale è necessario soffermarsi, considerato che lo studio vuol essere tutt'altro che un'apologia della Riparazione.

Lo studio si chiude con alcune provvisorie conclusioni relative a questo particolare percorso di ricerca, alle sue difficoltà alle sue problematiche acquisizioni, percorso che dalle condizioni di emergenza storica perviene "eccentricamente" alla descrizione del *Restorative paradigm* e delle sue aree di criticità.

Note

1. D. Matza, *Becoming deviant*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1969; tr. it. *Come si diventa devianti*, il Mulino, Bologna, 1976.
2. A. Schütz, *La fenomenologia del mondo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1960; cfr. A. Schütz, *Reflections on the Problem of Relevance*, Northwestern University Press, Evanston, 1973.
3. Cfr. G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003; M. Bouchard, G. Mierolo (a cura di), *Prospettive di mediazione*, EGA, Torino, 2000; M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005; S. Ciappi, A. Coluccia, *Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli, Milano, 1997; A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA. VV., *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Giuffrè, Milano, 2000.

Capitolo 1

La vita non vive: Welfare State biopolitico e regolazione dei conflitti

Premessa

La vita non vive (1).F. Kürnberger

L'analisi delle condizioni di emergenza storica del *Restorative Justice paradigm*, muove da lontano. Muove dal tentativo di focalizzare il funzionamento di una precisa razionalità socio-politica, nell'affermazione (e nell'eclissi) della quale, affonda le radici il paradigma "riparativo" di interpretazione e regolazione della conflittualità sociale. Muove dallo sforzo di rispondere ad alcuni interrogativi, apparentemente irrelati e distanti, ma che ad un'attenta analisi scoprono parte del *background* socio-culturale e storico della giustizia riparativa.

Com'è possibile l'elaborazione e seguente socializzazione (poco differenziata qualitativamente), su scala nazionale, di *entitlements* (2) volti a soddisfare una richiesta potenzialmente indefinita di fruizione di *provisions* (3), senza correre il rischio (parola-chiave) di generare tensioni e conflitti deflagranti per la rivendicazione di risorse *lato sensu* sociali? Com'è possibile rendere compatibili con l'ordine politico, interessi disgreganti (4) (perché logicamente antinomici p.es.) di intere fasce della popolazione, ad ottenere accesso alla condizione *sostanziale* di cittadinanza sociale (*endowment* e non solo *entitlements*)? Com'è possibile definire (e far funzionare) un'unica strategia per garantire la *beveridgeana* "*freedom from want*" (5) alla collettività, nella sua interezza e irriducibile (si direbbe) complessità? Com'è possibile, che la struttura unitaria e indifferenziata delle *chances di vita* (6) somministrate massivamente dal Welfare State, soddisfi la globalità delle aspettative di benessere sociale?

È accreditabile come interpretazione e risposta, l'ipotesi dello sviluppo, della proliferazione e radicamento sociale, di tecnologie dotate di un potenziale di generazione *biopolitico* (altra parola-chiave), capaci di plasmare, standardizzandole, le preferenze degli individui destinatari finali delle *provisions*? Sono immaginabili *processi di soggettivazione/assoggettamento* "demiurgici", permanentemente operativi, che attraversino l'intero corpo sociale, volti alla costruzione e orientamento dei "bisogni sociali" del soggetto, di più, alla costruzione del soggetto *conforme* a quel determinato sistema di socializzazione delle risorse? Esiste davvero un dispositivo capace di plasmare la percezione delle esigenze "sociali" della collettività? Quali sono queste tecnologie (ammessa la fondatezza dell'ipotesi), quale la loro struttura, quale la matrice di linguaggio unificante le preferenze, quali le coordinate per la localizzazione storica dei processi di assoggettamento? Quale il *frame* socio-politico entro il quale si iscrivono coerentemente le une e gli altri? Ma soprattutto: funzionano (o hanno funzionato) effettivamente questi dispositivi? Quali gli effetti reali, le disfunzioni eventuali e le ragioni intime di queste ultime? Quale l'interferenza (da dimostrare) con altre tecnologie di gestione di conflittualità sociale? Forse un rapporto di reciproca convalidazione, oppure di concorrenza, di antagonismo? Ed infine, quali gli scenari attualmente emergenti, come conseguenza del dispiegarsi degli eventuali processi critici e disfunzioni di cui sopra?

Molteplici domande, che, ad un maggior livello d'astrazione, invitano ad "interrogare" il funzionamento-dis-funzionamento, di alcune fondamentali dinamiche del Welfare State, come razionalità socio-politica alla parabola della quale si connette, nella mia analisi, "l'insorgenza" del *Restorative justice paradigm*. Una sola ipotesi interpretativa avanzata, intorno alla validazione della quale, si sviluppa lo studio distillato nelle pagine che seguono.

Urge preliminarmente una chiarificazione dei termini delle questioni che cercherò di affrontare. Tutte le domande che mi sono sopra posto, ritengo rinvii ad un unico grande argomento: l'analisi della funzione *biopolitico-normalizzatrice* (da adesso in avanti solo *bio-norm*) del Welfare State. Di cosa si tratta? Come e quando fa la sua comparsa? A cosa "serve"? Cosa spiega? Prima ancora, quali sono le

ragioni della riconduzione dei problemi di cui sopra, all'espressione *bio-norm del Welfare State*?

L'obiettivo di questa prima parte del mio lavoro consiste dunque, nell'impostare tali questioni in maniera teoricamente più consapevole, cercando di offrirne una verifica empirica, il tutto finalizzato a costruire una prima base per quella genealogia "culturale" della Giustizia riparativa, operazione assunta come scopo specifico di tutta la ricerca.

1. Considerazioni teoriche preliminari e questioni di metodo

Prima di svolgere l'analisi del fenomeno *funzione bio-norm del Welfare State* (condizioni d'intelligibilità, processi critici, scenari emergenti), ritengo necessario premettere alcune considerazioni relative alla metodologia adottata, individuare gli studiosi con i quali ho contratto un vero "debito di riconoscenza", dai quali cioè, ho mutuato l'angolazione della ricerca, segnalando le specifiche analisi che hanno orientato sostanzialmente la mia indagine.

Prima di tutto, la struttura teoretica di fondo è mutuata dalla riflessione foucaultiana di metà anni Settanta (7), nonché da alcune indagini, che recuperano coordinate concettuali principali degli studi di Michel Foucault sulla *biopolitica*. Penso in particolar modo agli studi di François Ewald (8), Jacques Donzelot (9), Robert Castel (10). Questi autori, epigoni foucaultiani, meglio di chiunque altri, sono riusciti ad impiegare la griglia interpretativa foucaultiana per decodificare e problematizzare dinamiche complesse del Welfare State (o *État Providence*). Per la mia ricerca, questi studi sono stati un punto di riferimento metodologico fondamentale.

Da Pierre Rosanvallon (11), Jürgen Habermas (12) ed Achille Ardigò (13) "prendo in prestito" la concettualizzazione della crisi "contestuale", del Welfare e del capitalismo maturo, che è il *frame* nel quale acquistano senso i processi critici della funzione bio-norm del Welfare state.

Un supporto rilevante, per l'identificazione del rapporto tra processi critici e sistema giuridico di regolazione della conflittualità sociale, mi è stato offerto infine, dagli studi di Lawrence Friedman (14), Gunther Teubner (15) ed Antoine Garapon (16).

Il riferimento principale, quasi grammaticale, nella decodificazione delle dinamiche di welfare centrali per l'economia del mio studio, è costituito dalla nozione foucaultiana *dispositivo biopolitico* (17). Ricordo, con parole foucaultiane, che un dispositivo è:

"un insieme irriducibilmente eterogeneo che comporta dei discorsi, delle istituzioni, delle strutture architettoniche, delle decisioni regolamentari, delle leggi, delle misure amministrative, degli enunciati scientifici, delle proposizioni filosofiche, morali, filantropiche, in breve: del dicibile e del non dicibile" (18).

Per biopolitica Foucault intende invece, una serie di regimi epistemologici entro i quali acquistano consistenza un complesso di oggetti (la popolazione, le malattie in senso patologico e sociale, la sicurezza, la previdenza, ecc) e di soggetti (i malati, i contribuenti, gli utenti, i cittadini, gli individui pericolosi, i criminali, ecc) i quali, a loro volta, costituiscono i correlati e i punti di applicazione della strategia, articolata in svariate tattiche, della *governamentalità biopolitica*, intesa come nuovo paradigma di sovranità, che non cancellerà la sovranità in senso classico, ma la penetrerà profondamente, utilizzandola in funzione di un nuovo fondamento del potere che non sarà più il prelievo, l'estrazione di forze, ma la *produzione della vita*.

L'idea poi, di processi di *soggettivazione/assoggettamento*, per me *software* esplicativo di complesse trasformazioni antropologiche, è anch'esso un concetto che attraversa, *diagonalizza*, l'intero itinerario intellettuale foucaultiano. Processo di soggettivazione come:

"il modo con cui le singolarità si percepiscono e si autocostruiscono entro determinate istituzioni (la scuola, la fabbrica, la famiglia, gli uffici, ecc.) e in relazione a specifiche problematizzazioni della condotta" (il lavoro, l'educazione, la sessualità, la normalità, la salute, la delinquenza, ecc), attraverso "l'assoggettamento a determinati ordini del discorso e a specifiche tecnologie di potere" (19).

Ewald, Castel, Donzelot. Tre autori, tre letture foucaultiane di riferimento. Di Ewald, utilissima è la

concettualizzazione di Welfare State come massima realizzazione istituzionale, come *akmè*, della gestione biopolitica delle relazioni e dei conflitti sociali che si sviluppano a partire dalla fine del XIX° secolo. Suggestioni ewaldiane sono anche i riferimenti alla gestione preventiva dei rischi sociali, all'abolizione dell'imputazione soggettiva delle responsabilità, all'obliterazione della responsabilità individuale come principio regolatore del diagramma politico liberale. Da Castel mutuo l'idea che la condizione salariale e la partecipazione alla produzione di massa si sublimino nella soggettivazione del lavoratore come consumatore dei prodotti della società industriale. Uno schema che si rivelerà davvero utile, quello di Castel, per analizzare la costruzione del destinatario delle *provisions* (funzione bio-norm). Donzelot mi suggerisce infine, l'idea che il riconoscimento dei diritti sociali svolge anche una funzione legittimante (vedremo di cosa), e che le modalità di riorganizzazione delle relazioni sociali, a partire dal primo Novecento, sono state volte ad attenuare il principio della responsabilità individuale.

Rosanvallon. La parte prima del mio studio, relativa alla ricostruzione "genealogica" della funzione bio-norm del Welfare State, muove dall'indagine di Rosanvallon sul rapporto tra Stato Protettore e Welfare State, analisi che cercherò di incrociare con l'"implicita" cartografia foucaultiana delle ambiguità del Welfare State, sviluppata nel corso del 1978/79 al *Collège de France* (durante il quale Foucault svolge prima di tutto, un'analisi genealogica del dispositivo biopolitico, contestualizzato a partire dall'analisi della razionalità governamentale liberale). Sono poi debitore della declinazione in termini filosofico-politici e sociologici della crisi del Welfare State, realizzata da Rosanvallon, contenuta nel suo celebre testo sulla crisi dello Stato Provvidenza (20).

Habermas, Ardigò. Le analisi di questi autori mi offrono spunti importanti per sviluppare la parte del mio studio relativa ai processi critici della funzione bio-norm (colonizzazione amministrativa e giuridica della *Lebenswelt*), ma anche per impostare una concettualizzazione alternativa del senso e delle potenzialità del *Restorative Justice Paradigm*. Per processi critici intendo l'intrecciarsi, storicamente determinato, di una pluralità di variabili (sociali, economiche, politiche, culturali ecc.) determinanti una variazione qualitativamente intensa, si potrebbe dire con Bergson, una *differenza di natura* (21), nell'esercizio della funzione bio-norm. Di questa variazione proverò a definire il profilo storico, le implicazioni socio-politiche, analizzarne le conseguenze sulla regolazione dei conflitti sociali. Per quanto riguarda la concettualizzazione alternativa, cercherò di caratterizzare il *Restorative Justice Paradigm*, secondo un'impostazione parzialmente habermasiana, come dispositivo capace di rivitalizzare la *Lebenswelt* colonizzata dal diritto, nonché come forma di agire comunicativo fondato su di un vocabolario non-giuridico.

Le analisi di Teubner, Friedman e Garapon, hanno guidato la mia ricerca nella parte in cui sviluppo l'analisi delle macro-trasformazioni giuridiche conseguenti ai "processi critici" della funzione bio-norm del Welfare State. Fenomeni centrali, come la giuridificazione sociale, le modificazioni della *legal culture*, la trasmigrazione delle aspettative di regolazione sociale causate dal declino del Welfare State verso il *legal system*, sono stati focalizzati e descritti proprio attraverso la concettualistica elaborata da questi ultimi studiosi.

La ormai vasta letteratura sulle "nuove" pratiche di gestione non-coercitiva dei conflitti sociali (mediazione *in primis*), nonché alcuni studi di Claudius Messner (22), Richard Abel (23) e Massimo Pavarini (24), mi hanno permesso infine, di articolare il discorso sul profilarsi di nuovi, emergenti scenari della regolazione dei conflitti sociali, delle loro caratteristiche strutturali e funzionali, nonché del loro ineludibile potenziale degenerativo.

2. Condizioni di intelligibilità

Svolgere un'indagine "genealogica" (25) del fenomeno funzione bio-norm del Welfare State, come mi accingo a fare, è impegno oneroso, un'operazione complessa. Cercherò di ricostruire le condizioni di intelligibilità, ovverosia il percorso storico che conduce all'emersione, rafforzamento e radicamento sociale della funzione bio-norm del Welfare State, considerata principalmente, come performante meccanismo di *gestione preventiva* di conflitti sociali storicamente determinati. Come si struttura la funzione bio-norm del Welfare State? A partire da quali paradigmi socio-politici, su quali piattaforme culturali si fonda? In quali regimi governamentali affonda le proprie radici? Rispondere a queste domande significa individuare le condizioni di intelligibilità del fenomeno in analisi.

2.1 Dalla razionalità governamentale liberale al regime socio-politico del Welfare State: una ricognizione delle origini della funzione bio-norm

"L'interrogativo sui limiti rimanda alle origini" (26), scriveva Pierre Rosanvallon, esordendo nella sua originale analisi sullo sfaldamento delle basi intellettuali dello Stato assistenziale francese.

Sulla scia di Rosanvallon, muovo dalle origini della funzione bio-norm del Welfare State, con l'obiettivo di descriverne il profilo storico e l'evoluzione, per coglierne altresì il senso profondo e le contraddizioni implicite. L'ipotesi che avanzo, è che la funzione bio-norm del Welfare State, affondi le sue radici in un isomorfismo di base tra specifici paradigmi socio-politici, meglio: tra razionalità governamentali (27), prima facie assolutamente distanti, irriducibili le une alle altre (almeno per certe interpretazioni filosofico-politiche). Mi riferisco alla razionalità governamentale liberale, mirabilmente analizzata da Foucault nei corsi al Collège di fine anni settanta (28), col suo "doppio bordo" storico (governamentalità liberale classica più semplicemente "liberalismo classico", il secondo governamentalità neo-liberale o "neo-liberalismo"); alla razionalità governamentale dello Stato Protettore Classico, apparato giuridico-istituzionale, teorizzato nelle sue linee essenziali da Locke e Hobbes e da diversa angolazione da Adam Smith; infine, ed evidentemente, al Welfare State inteso non solo, come un'infrastruttura erogativa e regolativa di provisions (fasci di beni, provvidenze) sulla base di entitlements (titoli formali di accesso), finalizzata alla socializzazione dei rischi, ma anche e soprattutto come una più generale razionalità socio-politica e amministrativa, un complesso diagramma di regolazione sociale.

La posizione che sostengo, è la negazione di una discontinuità netta, di una rottura radicale, tra questi tre modelli politici e istituzionali, e le razionalità che li animano: variazioni, accomodamenti, trasformazioni senz'altro, ma la struttura prima, il nucleo elementare, specifici obiettivi essenziali, seppur calati in contesti storici diversi, permangono, a mio parere, poco mutati. Il Welfare State, in specie, mi sembra possa rappresentare, della razionalità governamentale liberale, uno sviluppo, forse paradossale, per correzione e radicalizzazione (29). Lo Stato protettore classico, d'altra parte, credo offra una prima essenziale piattaforma culturale e politica sulla quale edificare il Welfare State moderno, o almeno sue componenti fondamentali, nonché alcune issues fondamentali per la governamentalità liberale.

Mi sembra di scorgere, di individuare dunque, una sorta di isomorfismo delle componenti prime dei tre modelli. L'analisi di questa "continuità", più che l'analisi dei tre modelli socio-politici in sé, è condizione d'intelligibilità della struttura e del funzionamento della funzione bio-norm del Welfare State.

2.1.1. Stato protettore classico, governamentalità liberale, Welfare State: profili minimi ed essenziali

E' leggendo le pagine Thomas Hobbes (30) e John Locke (31), che si possono saggiare le caratteristiche fondamentali, l'anima ideologica e la struttura, dello Stato protettore classico. Si tratta di un modello di Stato fondato sulla realizzazione di un duplice compito: produzione di sicurezza (termine-chiave) e riduzione dell'incertezza.

Lo Stato è il diritto di sicurezza degli individui. Non esiste rapporto di exteriorità, trattasi di due grandezze assolutamente fungibili. La nascita dell'individuo e quella dello Stato moderno, fanno parte di uno stesso processo generativo. Il contratto sociale crea collegamento tra queste due soggettività, istituendo "un potere comune atto a difendere gli uomini dall'aggressione degli estranei e dai soprusi che potrebbero commettere gli uni contro gli altri" (32). Il primo diritto rivendicato e garantito, è la sicurezza della vita, lo scambio politico di base consiste nella sottomissione per protezione dell'integrità fisica rispetto tutte le minacce di violenza sociale, rispetto al bellum omnium contra omnes. Il passaggio hobbesiano dallo Stato di natura allo Stato civile, ha come scopo fondamentale la produzione di pace civile. Il correlativo e, al contempo, lo strumento principale di realizzazione di pace e sicurezza sociale, sarà il diritto di proprietà. Come scriveva già Hobbes: "là dove non vi è alcuna Repubblica, esiste una guerra perpetua d'ogni uomo contro il suo simile. Ogni cosa appartiene perciò a chi la ottiene e la conserva con la forza: questa non è né proprietà, né comunità, ma incertezza".

L'ideale di Hobbes è, dunque, una società pacificata, una società in cui gli individui alienano integralmente la loro naturale libertà allo Stato in cambio di sicurezza (33). Al di fuori dello Stato, del Leviatano, non c'è nessuna possibilità di sfuggire alla guerra di tutti contro tutti, realtà insita,

indissociabile dallo stato di natura. Per Hobbes, lo Stato e la società sono la stessa, identica cosa: entrambe nascono semplicemente dalla paura che gli individui hanno della morte, dal viscerale desiderio delle cose necessarie ad una vita confortevole, quindi dall'esigenza di difendersi strenuamente contro tutte le passioni violente e distruttive degli altri individui. Hobbes, è chiaro, parte da presupposti schiettamente, fortemente individualistici per arrivare a delle conclusioni radicalmente collettivistiche: detto in maniera diversa, l'interiorizzazione hobbesiana dello Stato, il pieno, integrale rispetto della delega offerta allo Stato sovrano, sarebbero null'altro che la condizione imprescindibile per quel convivere civile che gli individui reputano rispondere, costantemente, al loro naturale, specifico interesse.

Hobbes chiaramente esclude qualsivoglia, minima possibilità che l'esigenza di sicurezza (fisica) possa soddisfarsi altrimenti che attraverso l'esperimento di un'alienazione della libertà a un ente storicizzato o a procedure che chiedono obbedienza. Ma ciò implica ovviamente una negazione-rimozione di quelle specifiche forme organizzate di solidarietà collettiva che vanno a conciliarsi con la libertà e l'autonomia individuale e che hanno fornito storicamente una risposta diretta al complesso di bisogni di sicurezza individuale, collettiva e di autoconservazione. Più in generale, nell'individuo atomistico ed egoistico di matrice hobbesiana, non c'è la minima possibilità di pensare a qualcosa di diverso dall'esigenza di sicurezza (34).

La proprietà, in questa prospettiva, viene a configurarsi, come estensione, attributo indissociabile dell'individuo, meglio: del soggetto di diritto. Essa lo definisce e lo protegge al contempo, "determinando, il mio, il tuo, il suo" (35) limita la violenza sociale. Il diritto di proprietà è riduttore d'incertezza e produttore di sicurezza.

Individuo, proprietà, Stato protettore sono inscindibilmente legati: "Il fine capitale e principale per cui gli uomini si associano in repubbliche e si sottomettono ai governi è la conservazione della loro proprietà" scrive Locke (36). Pensare lo Stato e riconoscere il diritto degli individui alla protezione significa, semplicemente, distinguere due momenti di un'unica affermazione: "lo scopo della Repubblica, è lo scopo dei privati" (37). Lo Stato fa esistere gli individui come soggetti dotati di diritti, assumendo come proprio fine la protezione di questi ultimi: non v'è Stato Protettore senza individuo titolare di diritti, né individuo che realizzi questi diritti senza Stato Protettore. Questa l'essenza dello Stato Protettore.

Per quanto attiene all'emersione del paradigma liberale, allo sviluppo dinamico di questa razionalità socio-politica, alle condizioni in costanza delle quali si afferma, funziona e disfunziona, paradigmatica è la lezione di Michel Foucault. Foucault sostiene che intorno al XVIII sec. si verifica una transizione politica fondamentale: il principio di limitazione esterna della Ragion di Stato, in termini giuridici, viene sostituito dal principio di limitazione interna, in termini economici (38), sulla Ragion di Stato si innesta l'economia politica, intesa come specifico regime di veridizione. E qual è questa nuova verità, portato di una nuova, emergente, razionalità di governo? Sarà, per dirla con Foucault, il "governare meno e con la massima efficacia". Il nome di quest'emergente fenomeno politico, orientato da quest'imperativo è, appunto, liberalismo.

Si tratta di un'arte di governo che scommette sul mercato, sulla naturalizzazione dei meccanismi del mercato. Mercato come luogo in cui si produce verità e giustizia, come spazio in sé il meno regolamentato possibile dallo Stato, mercato come ispiratore della nuova arte di governo.

Foucault individua e descrive i due nuovi protagonisti di tale emergente arte di governo: l'homo oeconomicus e la società civile (con correlativa eclissi del soggetto di diritto), indispensabili correlati della tecnologia di governo liberale.

L'homo oeconomicus è il nuovo soggetto di interesse, non governabile dal sovrano, perché sintesi della totalità economica, nella sua intangibilità. La società civile invece, rappresenta il principio in nome del quale il liberalismo tende ad autolimitarsi, una specie di riflessività critica (così come il liberalismo è riflessività critica rispetto la governamentalità in genere) che impone al regime liberale di domandarsi continuamente se non governa troppo.

Quest'arte di governo deve affrontare subito, tutta una serie di problemi che conseguono prevalentemente alla naturalizzazione del mercato e dei suoi meccanismi. Si pensi al rischio apportato dall'esistenza stessa dell'homo oeconomicus, di delegittimare il ruolo dello Stato in quanto sistema di governo. L'homo oeconomicus, infatti, mette in crisi la legittimità del governo, a causa della sua assoluta incoercibilità rispetto al potere politico, conformandosi solo agli imperativi naturali del mercato.

Foucault evidenzia questo pericolo, sostenendo che la categoria elaborata dalla cultura liberale classica per farvi fronte, sarà proprio quella di società civile (39). La società civile rappresenterà la camera di compensazione per i pericoli e rischi generati dalla dinamica del mercato (40).

A questo punto, un passaggio fondamentale. Per rispondere efficacemente a tutti i rischi e pericoli prodotti dalla dinamica del mercato, la cui verità è trasfusa all'interno dello Stato, nonché per garantire il miglior funzionamento del meccanismo statale, compare nel XVIII sec., si sviluppa e si radica progressivamente, una nuova razionalità governamentale, un nuovo paradigma, che continua il liberalismo classico (contraddizioni comprese): il neo-liberalismo. Neo-liberalismo come emergente modello di "gestione della libertà" (prima di tutto quella alla concorrenza), che non si limita a garantirla, fa molto di più: la produce, la suscita, la inquadra. Calcolo "politico" del rischio, libero gioco degli interessi individuali, compatibile con l'interesse di tutti ed ognuno. Ma neo-liberalismo è soprattutto un modello politico attualizzato all'interno di una ragione governativa che ha strutturalmente bisogno di libertà, e che altrettanto strutturalmente, consuma libertà.

Il problema fondamentale della sicurezza emerge a questo punto, simmetricamente alla produzione/consumo permanente di libertà, e con tale problema il neo-liberalismo deve necessariamente confrontarsi (41). Il problema della strategia (articolata in molteplici tattiche) di aggiramento ed eliminazione dei pericoli immanenti alla dinamica delle relazioni tra interessi individuali e collettivi, è il problema del neo-liberalismo, è la sorgente prima delle crisi di governamentalità liberali, crisi iscritte nel suo stesso, fisiologico funzionamento. Icasticamente si potrebbe dire che l'invito a "vivere pericolosamente" (42), vero portato del neo-liberalismo, implichi giocoforza, l'adozione di una serie complessa di meccanismi di sicurezza. Come scrive mirabilmente Antonio Negri (43):

"A dover essere garantita non è più semplicemente una specie di protezione esterna dell'individuo stesso. Il liberalismo innesca un meccanismo entro il quale in ogni momento si troverà a porsi come arbitro della libertà e della sicurezza degli individui a partire da questa nozione di pericolo. In fondo, se per un verso il liberalismo è un'arte del governo che si occupa fundamentalmente degli interessi, esso - ed è questo il rovescio della medaglia - non può intervenire sugli interessi senza essere al tempo stesso amministratore dei pericoli e dei meccanismi di sicurezza/libertà, del gioco sicurezza/libertà che deve garantire che gli individui o la collettività saranno esposti il meno possibile ai pericoli".

Sintetizzando: se il neo-liberalismo emerge come tecnica che si innesta sulla meccanica degli interessi, esso dovrà allora, intervenire necessariamente sui pericoli che a tale meccanica sono consustanziali, allestendo un complesso di meccanismi di sicurezza/libertà, come li definisce Negri. È proprio intorno a questa cultura del pericolo (dal liberalismo suscitata), che si svilupperà quella formidabile estensione delle procedure di controllo, costrizione, coercizione che investirà lo Stato di funzioni nuove, destinandolo, alla fine, a "farsi carico del problema della vita" (44).

Libertà, pericolo e sicurezza dunque, triade indissociabile, centro propulsore di questa nuova razionalità governamentale, che, comportando la proliferazione di procedure di controllo, di forme d'intervento statale capillari, va a costituire il paradosso del neo-liberalismo. È in questo contesto che nasceranno (forse paradossalmente) le tecnologie moderne dell'assistenza, della previdenza, delle assicurazioni, in una parola: il Welfare State.

E veniamo allora, alla caratterizzazione essenziale di quest'ultimo sistema socio-politico.

Quando penso al Welfare penso ad un'infrastruttura (composta da Stato, mercato e famiglia) erogativa e regolativa di provisions (fasci di beni (45), provvidenze) sulla base di entitlements (titoli formali di accesso (46)), finalizzata alla socializzazione dei rischi sociali (rischi del ciclo di vita, di classe, intergenerazionali) (47). Penso ad un gigantesco, farraginoso operatore di solidarietà sociale. Fermarsi a questa intuitiva descrizione sarebbe però riduttivo, il Welfare è molto di più. È un'articolazione di agenzie e agenti deputati all'attribuzione di significati, alla sanzione di comportamenti di rilevanza sociale, alla classificazione, all'esclusione, all'assimilazione, nonché alla costruzione dei bisogni sociali. È un complesso di pratiche discorsive con uno straordinario potenziale generativo normativo, è un regime di veridizione.

Ripercorrendo in sintesi la storia del Welfare State moderno, partendo dalle analisi economico-giuridiche più accreditate (48), si può dire che il passaggio dalla lotta di classe aperta alla

contrattazione consensuale, in un contesto in cui merito ed uguaglianza delle chances di vita prevalgono sul privilegio, è la pietra angolare sulla quale si edifica il moderno Welfare. Il piano Beveridge del 1942 (i cui punti base erano: un sistema di assicurazione generalizzato, unificato, semplice, uniforme, centralizzato; interventi di aiuto alle famiglie; miglioramento salute pubblica; organizzazione dell'impiego), rappresenterebbe, di quella transizione, il suggello formale. Dal punto di vista più strettamente economico, è il keynesismo (codificazione del ruolo dello Stato come stimolatore di consumo e investimento, direttamente con spesa pubblica e indirettamente con politica fiscale e di credito; corrispondenza globale tra imperativi crescita economica ed esigenze di equità sociali) la condizione di possibilità della trasformazione in parola. A partire da queste premesse si sarebbe sviluppato un solido compromesso sociale: la classe operaia accetta di non contestare i rapporti di produzione (proprietà privata) in cambio della redistribuzione-allocazione perequata delle risorse e di un sistema di attivo di negoziati sociali.

Non mi soffermo ulteriormente sui caratteri strettamente economici del Welfare State. Preferisco concentrarmi invece, su alcuni aspetti più funzionali all'economia specifica del mio studio. Preferisco introdurre a questo punto un'analisi del Welfare State da un'angolazione profondamente diversa, rispetto a quella economico-giuridica, un'indagine maggiormente consonante con l'orientamento della mia ricerca. Mi riferisco all'analisi di François Ewald, contemplata nella sua monumentale ricerca genealogica sull'État Providence (49). Muovendo dalla legge francese sugli infortuni sul lavoro, del 9 aprile 1898 ("avec cette loi, un monde bascule" (50)), Ewald si propone di tracciare, secondo una prospettiva di chiara matrice foucaultiana, la "traiettoria di vita" dell'État Providence.

L'industrializzazione, quadro storico-economico entro il quale l'État Providence iscrive le sue origini, ha prodotto nuove maniere di identificazione umana, nuove modalità di gestione delle condotte umane, di pensare i rapporti tra gli individui, i loro conflitti, il loro destino. Il rischio è la posta in gioco. La socializzazione (stavo per dire normalizzazione) la puntata vincente. La responsabilità, come principio di regolazione del diagramma politico liberale, risulta "perdente". Viene così fondato un sistema di giustificazione-normazione giuridica che progressivamente legittima e legalizza, un nuovo principio di responsabilità: il principio della responsabilità senza colpa (51), impegno che già alcuni civilisti in epoca bismarckiana (prima) e weimariana (dopo) avevano assunto di realizzare (52). Ma perché il diagramma socio-politico dell'État Providence si affermi pienamente, dispiegando il suo potenziale di palingenesi sociale, c'è bisogno di un ulteriore passaggio: il principio della responsabilità senza colpa deve andare incontro ad una specifica evoluzione "qualitativa", deve trasformarsi in colpa senza responsabilità. La responsabilità del danno, cioè, deve essere completamente incorporata nel risarcimento assicurativo (53), sul piano simbolico e materiale. Questo sarà possibile con la diffusione della pratica assicurativa dell'indennizzazione del danno (straordinaria strategia di difesa dal rischio), realizzante l'aggressione e la dissoluzione del principio di responsabilità. Tale strategia di neutralizzazione del rischio, particolare forma di difesa attiva della società, fa convergere unicamente e interamente nella forma-Stato il principio di responsabilità. Si viene a creare così, una società sottratta completamente al rischio, ma anche priva di responsabilità (in senso liberale) una società della quale può integralmente rispondere solo lo Stato, una società della de-responsabilizzazione (o di colpa senza responsabilità).

Lo Stato qui, non soltanto si appropria del monopolio della violenza legittima, ma si annette in linea esclusiva il principio di responsabilità, trasformandolo, plasmandolo in qualcosa di nuovo.

L'emersione dell'État Providence consiste, sintetizzando, nella transizione da una problematica della responsabilità liberale, ad una problematica della responsabilità senza colpa, alla attribuzione di centralità al principio di colpa senza responsabilità, che può essere declinato anche come principio di solidarietà, operazione che corrisponde sul piano giuridico, al passaggio dal primato del diritto civile al primato del diritto sociale.

Da un'altra angolazione, l'État Providence appare soprattutto come un nuovo contratto sociale, che va incontro alle esigenze di una nuova società (che contestualmente contribuisce ad edificare): la société assumentielle. Questo modello di società, necessita di dispositivi di mantenimento dell'ordine sociale (rectius del potere) penetranti, diffusi, senza limiti; richiede il potere della prevenzione, un potere che rende il diritto non più e non solo, strumento di interdizione, ma anche struttura del dover fare, un diritto che inevitabilmente si va a confondere con le prescrizioni morali, di una morale: quella sociale, come scrive Ewald.

Anche la société assumentielle deve fare i conti con l'in/sicurezza. L'emergere della société assumentielle

è, infatti, accompagnato sin dall'inizio da una pluralità di conflitti: tra il sociale e l'economico (normazione sociale vs. industrializzazione), piuttosto che tra il giuridico e il politico. Trattasi di conflitti di responsabilità come li qualifica Ewald, che richiedono un superamento della responsabilità individuale, o meglio, dell'imputazione soggettiva delle responsabilità.

Sarà proprio lo schema dell'assicurazione a fondare contestualmente le nuove politiche di gestione dei conflitti sociali e la strategia di superamento della responsabilità individuale. I diritti sociali, la loro distribuzione (più o meno manipolatoria), sono allora il nuovo strumento di azione governamentale: per questi, l'uomo ha valore giuridico solo in quanto essere vivente, i diritti sociali sono espressione del diritto alla vita:

"La ligne de partage ne passe plus entre libre et non libre, mais entre le mort et le vivant, entre la vie et ce qui la menace. Avec le droits socieaux, une problematique de la liberation succède à celle de la liberté" (54).

La storia della gestione dei conflitti di responsabilità da parte della società assicurativa è la genealogia di quella positività politica, di quel nuovo diagramma di regolazione sociale denominato État Providence. L'État Providence è la risposta istituzionale della società assicurativa, al mutamento economico-sociale ed antropologico di fine ottocento, è la risposta alla lucida constatazione che "l'insicurezza est partout" (55).

Ineludibile appare ora, la questione cruciale sul nesso, sulle ragioni della continuità tra i tre modelli, "humus" nel quale germina la funzione bio-norm del Welfare State. In cosa individuare la connessione, quale la logica unitaria soggiacente i tre modelli di Stato? Come si concettualizza a partire da tale nesso, l'origine della funzione bio-norm del Welfare State?

2.1.2 Contatto sinaptico: il governo dell'In/Sicurezza

La premessa dalla quale muovere è che non credo sia isolabile un unico nesso tra i tre modelli di regime politico in analisi, ve ne sono di diversi, a diversi livelli. Provo a passarne in rassegna alcuni, ponendo particolare attenzione tra questi, ad un preciso contatto sinaptico (56).

Il primo, fondamentale punto di connessione considerabile, quello rilevabile *ictu oculi*, consiste nella questione della riduzione/controllo/irregimentazione, più semplicemente, del governo della in/sicurezza.

Lo Stato protettore classico è formalizzazione giuridica e istituzionale di dispositivi di produzione di sicurezza e di riduzione dell'incertezza, in questi due compiti sta la sua ragion d'essere; la governamentalità liberale produce naturalmente libertà e rischio, consuma quella stessa libertà (carattere liberogeno), necessita sillogisticamente di dispositivi di sicurizzazione; il Welfare State (o État Providence) egualmente come operatore di solidarietà sociale, ridistribuendo risorse socializzando rischi, cos'altro è se non un elefantiaco apparato di produzione di sicurezza?

Il problema a questo punto, è capire cosa significa sicurezza, a quale realtà riferisco con questo termine. *Sûreté* e *sécurité* (57); *security*, *safety*, *certainty* (58); *Sicherheit* (59). Tutti questi termini vengono tradotti in italiano con l'unico lemma di "sicurezza", questa è però, una traduzione che appare irreprensibile solo per il tedesco (*Sicherheit*). La lingua francese e la lingua inglese (più precise) utilizzano termini diversi con significati filologicamente molto distanti, che rinviano a diverse e distanti "sfere" di sicurezza; queste, sono contenute indistintamente nel termine italiano e in quello tedesco, rendendo necessario, in questi due ultimi casi (per indicare le diverse sfere), una differenziazione per aggettivo.

Sûreté è la condizione iscritta come diritto dell'uomo dai rivoluzionari del 1789, è la sicurezza giuridica dell'individuo dinnanzi al potere. L'idea di *Sûreté* è legata, connaturata direi, alla limitazione del potere attraverso il diritto: garantire dalle violazioni del diritto è garantire la *Sûreté*. Se un intervento si richiede, per la garanzia della *Sûreté*, questo è configurabile solo come intervento negativo, come immunizzazione: rendere immuni dalla violazione possibile.

Sûreté rimanda altresì alla sfera della incolumità fisica, all'imperativo del *neminem laedere*, garantita con azioni repressive, coercitive, negative appunto. Chiedere *Sûreté* significa chiedere contestualmente, meno intervento dello Stato (in economia p.es.) e più Stato (intervento negativo per la garanzia dell'ordine pubblico p.es.). *Sûreté*, potremmo dire, è la sicurezza civile.

Sécurité esprime ben altro. Il termine rimanda alla condizione che si produce in forza e costanza dell'intervento positivo del potere governamentale: l'azione positiva, preventiva, proattiva, non la repressione o l'immunizzazione. Sécurité come correlato del "normale" intervento sovrano. La rivendicazione sociale di Sécurité pertanto, non è "rivendicazione di una sfera di libertà sottratta al potere dello Stato, ma equivale al contrario, alla richiesta di un aumento del suo potere di sorveglianza" (60).

Sécurité è la sicurezza sociale. In ciò la differenza di natura tra i due termini, e le due sfere di realtà cui rimandano.

Safety equivale sostanzialmente a Sûreté (dimensione dell'incolumità fisica e patrimoniale, sicurezza personale- intervento negativo), Security (sicurezza esistenziale- intervento positivo) a Sécurité. Residua il termine inglese certainty, che rimanda propriamente, alla posizione di generale certezza rispetto al futuro.

Queste necessarie chiarificazioni "terminologiche" mi permettono di introdurre, a questo punto, la vera issue, anticipata in principio di paragrafo, di questa prima parte della mia analisi.

Mi riferisco alla questione del governo della in/sicurezza, all'assurgere della sicurezza a posta in gioco fondamentale per le diverse razionalità governamentali sopra descritte. È questo il punto di contatto sinaptico, il nesso di cui parlavo sopra. Il Welfare State è, almeno in alcune sue componenti, estensione e approfondimento dello Stato Protettore classico, è il risultato di un processo di radicalizzazione e correzione (61) dei meccanismi di sicurezza del secondo.

La sicurezza che garantisce lo Stato Protettore, infatti, è in principio configurabile come Safety- Sûreté, ma attraverso quei processi di radicalizzazione verrà a strutturarsi, sarà qualitativamente convertita, in Security-Sécurité. La radicalizzazione consiste, storicamente, nel fatto che i diritti economici e sociali (futura base giuridica del Welfare State) appaiono, a partire dalle rivendicazioni del movimento democratico ed egualitario settecentesco, estensione naturale dei diritti civili (delle libertà negative, quelle della Sûreté). Se il vero cittadino non può essere che proprietario, bisogna fare di tutti i cittadini che non lo sono una sorta di proprietari, cioè istituire dei meccanismi sociali che diano loro un equivalente (sarà la Sécurité-Security) della sicurezza e della tutela che la società garantisce alla proprietà (Sûreté-Safety). Il movimento democratico settecentesco non farà altro che rivendicare i diritti completi della cittadinanza per tutti gli individui, il diritto di voto ma anche il diritto alla protezione economica, sia esso garantito dalla proprietà reale o da meccanismi che ne sostituiscano gli effetti.

Quello che voglio dire, è che il rapporto di continuità che intercorre tra Welfare State e Stato Protettore consiste nel passaggio dalla sola garanzia della Sûreté-safety, attraverso apparati giuridici, alla produzione di Sécurité-Security, attraverso politiche lato sensu sociali, consiste nella transizione tra paradigmi di sicurezza. Questo ovviamente non significa che non permanga un "residuo" di produzione di Sûreté-Safety (si pensi al tema centrale della garanzia dell'ordine pubblico), significa invece che l'offerta qualitativamente limitata di sicurezza dello Stato Protettore ad un certo punto, progressivamente, inizia ad articolarsi in qualità, si diversifica in opzioni, si arricchisce, offrendo al Welfare State moderno un primo, solido "punto d'ancoraggio".

Considero un ulteriore punto di connessione. Si pensi a come funzionalmente la tecnologia assicurativa non sia altro che un complemento, una variante della mano invisibile (62) (concetto base dell'economia e della politica della governamentalità proto-liberale). In entrambi i casi, si ha produzione di un ordine globale fondato sulla sola ricerca degli interessi personali. L'assicurazione, come la mano invisibile, produce i medesimi effetti di una benevolenza certa; ciascuno quando si assicura contro i rischi, pensa unicamente al proprio interesse e ne risulta un finanziamento collettivo degli infortuni individuali.

Passando alla concettualizzazione dei rapporti di continuità tra Welfare State e governamentalità liberale, ci si imbatte anche in questo caso, nel contatto sinaptico costituito dalla questione sicurezza, declinata in termini parzialmente diversi rispetto a quanto esposto in relazione al rapporto Welfare State-Stato Protettore.

Ho già detto di come la governamentalità liberale tenda a favorire e a produrre libertà, intesa come variabile sulla quale si può agire per ampliarla e differenziarla (63). D'altro canto l'arte governamentale liberale naturalmente consuma determinate libertà, nel mentre ne produce e organizza altre. Il liberalismo incentiva la libertà di mercato provocando però un'eccessiva concentrazione monopolistica della proprietà; stimola un aumento indefinito dell'offerta di lavoro, ma non regola la domanda

dell'impresa, generando disoccupazione e riducendo l'associazione libera dei lavoratori. In questo modo, il liberalismo per fare spazio a determinate libertà è costretto a comprimerne o a distruggerne altre.

Il problema emergente è allora quello dei costi della libertà, è, ancora una volta, il problema della sicurezza. La sicurezza è "il criterio per calcolare il costo di produzione della libertà" (64), mentre il problema sicurezza è il problema di

"determinare in quali esatte proporzioni ed entro quali limiti, l'interesse individuale e i diversi interessi individuali, possono diventare un pericolo per l'interesse di tutti. Il problema della sicurezza è dunque quello di proteggere l'interesse collettivo contro gli interessi individuali" (65).

Dalla seconda metà del XIX secolo si assiste ad una proliferazione di iniziative per la conoscenza e neutralizzazione dei pericoli prodotti dalla stessa meccanica degli interessi. L'adozione di strategie di sicurezza relative all'igiene, alla malattia, alla sessualità, richiede la stimolazione della percezione del pericolo, realtà che è condizione imprescindibile del liberalismo (66). Il controllo degli effetti negativi della libertà raggiunge l'akmé istituzionale e politica, con il New Deal. Il New Deal è, in apparenza paradossalmente, momento di rilancio nella storia della governamentalità liberale, così come prima strutturale progettazione di Welfare State moderno. Interventismo, promozione di meccanismi di regolazione del ciclo economico, strumenti di gestione sociale capillari. La politica di Welfare del New Deal fu una maniera di garantire e produrre libertà del lavoro, politica, di consumo, al prezzo dell'interventismo statale sempre più pervasivo. In definitiva, la "risposta" strategica alla crisi permanente di governamentalità liberale, frutto del "rapporto triangolato" tra la tensione verso il governare meno, il meccanismo produzione/consumo della libertà e il conseguente problema della sicurezza, sembra essere proprio il Welfare State. Una risposta interna, che riposa sulle contraddizioni implicite del liberalismo. Welfare State come soluzione, apparentemente paradossale, all'insicurezza, al pericolo, inevitabile prodotto di scarto (e al contempo risorsa vitale) del liberalismo.

Tutto ciò è presente nell'elaborazione foucaultiana di fine anni Settanta, anche se non integralmente sviluppato nelle sue conseguenze. L'obiettivo di Foucault, come risaputo, era impostare la questione del rapporto, prima facie contraddittorio, tra liberalismo e il grande rilievo dell'amministrazione e gestione politica della popolazione. Su questo schema oggi è possibile innestare, proseguendo, forse radicalizzando il discorso foucaultiano, la continuità tra governamentalità liberale e Welfare State. Il liberalismo, per superare la sua crisi ontologica, si ribalta nel suo opposto? Un rapporto configurabile come una specie di nietzscheana opposizione estatica (67)? Non credo sia questo il modello. Non si tratta di ribaltamento né di opposizione, neanche estatica. Si tratta piuttosto di una "continuità", ripeto, di un isomorfismo di base.

Sarebbe possibile individuare altri contatti sinaptici, forse ancillari rispetto a quello appena descritto. Mi soffermo solo su di uno. Si potrebbe ravvisare un legame nella natura del Welfare State come apparato istituzionale animato da un programma di intervento illimitato.

La dinamica del Welfare State poggia sull'idea di liberare la società dal bisogno e dal rischio ("freedom from want" (68)), su questo programma si fonda la sua legittimità. Tale programma è illimitato perché consiste nella trasposizione in linguaggio economico, della questione politica del perseguimento della felicità (69). Il fatto è che non ci sono norme oggettive per fissare un livello di vita minimo che corrisponderebbe alla soddisfazione dei bisogni essenziali e primari:

"il liberalismo si preoccupa innanzitutto dei limiti che l'azione di governo deve porsi, ma non è mai in grado di individuare stabilmente questo limite che il governo deve darsi. E quindi il limite si sposta in continuazione perché il liberalismo non trova mai il criterio attraverso il quale identificarlo e imporlo" (70).

Non ci sono norme oggettive, ma ci sono dispositivi di normalizzazione.

Anche la governamentalità liberale ha il suo programma illimitato. Trattasi della tensione interna verso il limite dello Stato, la ricerca illimitata del limite dell'azione governamentale. È, in sintesi, il problema del "si governa sempre troppo".

3. La funzione biopolitico-normalizzatrice del Welfare State: come si *fabbricano* soggetti e bisogni sociali

Ho cercato finora, di descrivere come nel contesto della razionalità liberale si sviluppi una cultura del pericolo che "stimola" la produzione di una rilevante quantità di procedure di controllo e coercizione, investendo lo Stato di funzioni nuove, di una funzione nuova: la funzione biopolitico-normalizzatrice. È emerso, attraverso l'individuazione del termine di mediazione del governo dell'in/sicurezza, come le tecnologie assicurative, di protezione sociale, assistenziali del Welfare State, altro non siano che lo sviluppo, coestensivo, dei dispositivi biopolitici di sicurezza, di presa in carico della vita, la cui esigenza germina nella stessa dinamica governamentale liberale. Lo strumento, non l'unico ma probabilmente il principale, attraverso il quale è possibile la gestione della sicurezza, intesa, lo ripeto, come Security-Sécurité, sembra essere proprio il dispositivo biopolitico-normalizzatore. Questo stesso strumento funziona e si atteggia, nella struttura e nella forma, in maniera simile all'interno delle diverse, ma poi non così distanti, razionalità governamentali nelle quali è immerso, rappresentandone un evidente elemento di continuità.

La prima questione, è capire ora cosa si intende analiticamente con l'espressione dispositivi biopolitici. Per svolgere questa comprensione è necessario fare un passo indietro, cercando preliminarmente di analizzare la categoria di biopolitica in rapporto con disciplina e società disciplinare, grandezze strettamente collegate nella riflessione foucaultiana, articolandosi l'una sull'altra.

La società disciplinare è la società nella quale il controllo sociale viene costruito attraverso una rete sociale ramificata di dispositivi che producono e controllano costumi, abitudini e pratiche produttive. In questa società l'ordine sociale, si ottiene tramite istituzioni disciplinari - la prigione, la fabbrica, il manicomio, l'ospedale, l'università, la scuola, ecc. - che strutturano il terreno sociale e producono individualmente soggetti conformi all'ordine sociale, corpi docili (71) come direbbe Foucault. Il potere disciplinare governa strutturando i parametri e i limiti di pensiero e di pratica, sanzionando e/o prescrivendo i comportamenti devianti e/o normali.

Il codice (nonché strumento d'elezione) delle istituzioni disciplinari è la *norma*, non il diritto. La norma, non è la legge, la sua formulazione è diversa, il suo ambito di riferimento è variabile, può riguardare i gruppi e gli individui, singole azioni o classi di azioni e i suoi effetti sono forme di gerarchizzazione sempre più serrate e sottili:

"con la normalizzazione si tratta di ottenere una gerarchia di individui più o meno capaci: chi si comporta in base ad una certa norma, chi devia, chi può essere corretto e chi no, chi può essere corretto con determinati mezzi e quello per il quale occorre impiegarne degli altri" (72).

La norma qualifica e corregge a tutti i livelli della sua socializzazione: esclude nella misura in cui trasforma, forma nello stesso tempo in cui modifica positivamente.

Le discipline secondo Foucault, a partire dalla prima metà del XVII secolo, si distendono come una fitta rete di forme organizzative operando il modellamento dei corpi distribuiti in spazi codificati (eserciti, manifatture, collegi, ospedali, ecc.).

Le discipline si propongono di aumentare la produttività dei corpi e dei gesti di determinate molteplicità umane mediante un'analitica e una dinamica delle forze, con l'accoppiamento tra i corpi e i mezzi di produzione e di distruzione, con esercizi, addestramenti, esami e valutazioni al

fine di generare corpi docili. Contestualmente, le discipline elaborano una conoscenza esaustiva dell'individuo sottoponendolo a svariate modalità di sorveglianza, inscrivendolo in reticoli spaziotemporali regolati da gerarchie, e controllandone l'evoluzione del comportamento con le scritture più diverse (registri, verbali, ispezioni, ecc).

Nella seconda metà del XVIII secolo, le discipline si combinano con una nuova tecnologia di potere, la *regolazione*, da cui discenderà la biopolitica moderna:

"Si tratta di una tecnologia di potere che non esclude la prima cioè la tecnica disciplinare vera e propria, ma che piuttosto la incorpora, la integra, la modifica parzialmente e che soprattutto la utilizza installandosi in qualche modo al suo interno, giungendo a radicarsi

effettivamente grazie a questa tecnica disciplinare preliminare. La nuova tecnica non sopprime la tecnica disciplinare per la semplice ragione che essa si situa ad un altro livello, si colloca su di un'altra scala, possiede un'altra superficie portante e ricorre a strumenti del tutto diversi" (73).

Se la disciplina si occupa del corpo individuale, la biopolitica è il dispositivo che ne raffina, radicalizza e sviluppa la missione, governando non più e non solo il corpo individuale, ma fenomeni collettivi, la vita biologica in quanto tale, riproducendo e amministrando la vita. La biopolitica, estendendo a livello del biologico la sorveglianza, coinvolge la totalità dei viventi nel meccanismo disciplinare (la popolazione come il campo di incidenza), dissolve le categorie classiche del politico: il pubblico e il privato (74). Conserva, preserva e produce la vita, ottimizza stati di vita, "fa vivere e lascia morire". Governa mediante la norma, eludendo l'effettiva vigenza della legge, sancendo, di conseguenza, la crisi del diritto come dispositivo per gestire la movimentazione sociale.

Questa caratterizzazione della biopolitica va calata nel contesto specifico del Welfare State, che la rivestirà di significati ulteriori, in linea di stretta continuità con la biopolitica liberale.

La biopolitica del Welfare State, è configurabile come una tecnica di potere assicuratrice e regolatrice, che dispiega una fitta rete normativa su tutto il corpo sociale, fatta di politiche assistenziali e assicurative, una rete normativa che *produce soggettività*. Tale biopolitica fa della gestione dei rischi l'oggetto stesso dell'azione politica. Il rischio non è più identificato con il male; in una certa misura, esso è positivizzato, è pensato più come una risorsa che come una costrizione (75). Questa nuova dottrina è portata avanti dall'economia politica all'incrocio dei numerosi rami che la costituiscono: calcolo delle probabilità, statistica, teoria della decisione, demografia, elaborazione della nozione di mercato.

La biopolitica del Welfare State mette in azione delle forze appartenenti ai più diversi sottosistemi sociali (76) (legali, legate all'architettura e all'urbanistica, alle funzioni professionali, ai poteri finanziari, burocratici, militari e strettamente politici, ecc) che coordinano delle tecniche analitiche (metodologie statistiche e attuariali, esami, valutazioni, notazioni, elenchi, rapporti e analisi, relazioni, ecc.) e dei compiti organizzativi (sorveglianze, controlli, test, monitoraggi, sistemi e regole di addestramento, requisiti e vincoli di abilitazione, strutture e procedure di addestramento e di ripartizione nello spazio, ecc).

Ad un maggiore livello di astrazione (e di sintesi), si potrebbe dire che la funzione biopolitico-normalizzatrice del Welfare State, si risolve in una specifica forma di gestione preventiva di conflitti sociali, potenzialmente deflagranti, attraverso la costruzione ed orientamento dei bisogni della collettività, la soggettivizzazione collettiva, il *modelling* sociale, "integrandolo" la collettività tramite il doppio registro dell'individuazione e della massificazione.

Ho utilizzato una formula, per questa definizione di funzione bio-norm del Welfare State, un'espressione-chiave, che necessita di un approfondimento ulteriore, mi riferisco evidentemente a *soggettivazione/assoggettamento*.

Secondo Foucault non è plausibile riferirsi ad una nozione astratta di *Soggetto*, non è possibile parlare di soggetto ed ignorare il doppio legame tra l'*assoggettamento* a determinati ordini del discorso/specifiche tecnologie di potere e la *soggettivazione*, ovvero il modo con cui le singolarità si percepiscono e si autocostruiscono entro determinate istituzioni (la scuola, la fabbrica, la famiglia, gli uffici, ecc.) e in relazione a specifiche problematizzazioni della condotta (il lavoro, l'educazione, la sessualità, la normalità, la salute, la delinquenza, ecc). Foucault sostiene che il soggetto in sé non esista, che esso al contrario sia una *fictio* (riecheggiando la *lectio* nitzscheana), il risultato dell'azione combinata e complementare delle tecnologie di potere, un effetto discorsivo, il prodotto di discorsi a pretesa di verità di cui è l'oggetto.

Specifiche tecnologie di potere e pratiche di veridizione compongono il dispositivo bio-norm del Welfare State. È all'interno dell'articolazione istituzioni/regimi di veridizione del Welfare State, che si forma il soggetto-collettivo, che acquista una posizione nello spazio sociale, che percepisce come proprie certe esigenze, nutrendo certe aspettative, avanzando certe omogenee pretese ...

Le provvidenze del Welfare State contribuiscono quindi, ad un grande mutamento antropologico, ad una serie di nuove soggettivazioni, relative a fenomeni collettivi più che al singolo individuo (come accade invece per la soggettivazione disciplinare): si assiste, con l'ascesa del paradigma welfarista, ad una proliferazione *ad libitum* di bisogni vitali, i soggetti sono ora in grado di sopravvivere a diversi stati

di dipendenza come la disoccupazione, la malattia e gli infortuni ecc. Tali *bisogni vitali*, la loro natura, la loro struttura, le modalità di soddisfazione, non sono altro che l'esito di una pressione intensa e continua esercitata dalle *bio-norme* sulla *singularità* sociale. Scrive Richard Titmuss:

"Questa è forse una delle principali caratteristiche del ventesimo secolo: un numero sempre maggiore di persone sperimenta in uno o più momenti della propria vita il processo di selezione e l'essere scartati nella scuola, nel lavoro, nell'addestramento professionale, nell'acquisizione di uno status professionale, nell'avanzamento di carriera, nel tentativo di accedere ad un fondo di pensionamento" (77).

Ed è attraverso tali dispositivi di selezione, scarto, qualificazione, che la soggettività sociale *conforme* (al sistema di socializzazione delle risorse del Welfare State) si costruisce.

La singularità sociale (intesa come corpo sociale magmatico e indifferenziato, *l'uomo-specie* foucaultiano) diviene soggettività sociale, esito ultimo di un complesso processo di soggettivazione/assoggettamento collettivo, attraverso il controllo e la dipendenza, conseguenza dell'adesione ad un'identità costruita mediante un sistema di saperi e poteri, di categorizzazioni e di norme, che investono la collettività nella sua interezza fino alle sue più periferiche e anonime articolazioni, nella sua durata e nella sua estensione.

Ma qual è la forma specifica di questi processi di soggettivazione/assoggettamento? Quale la loro composizione, la loro struttura "istituzionale"? Ebbene, l'assoggettamento del Welfare State mi sembra risulti "agito" da un complesso intreccio di meccanismi statali di integrazione e di esclusione sociale. Basti pensare al funzionamento inclusivo/esclusivo dei sistemi assicurativi e previdenziali, alla dipendenza dal sapere medico e, più generalmente, all'oggettivazione del sociale attraverso saperi codificati dalle *expertise* collegate al Welfare State. Sosteneva Foucault: "*L'individuo fruisce pienamente dell'intero dispositivo di copertura solo se è integrato in un gruppo familiare, in un luogo di lavoro, in un ambiente geografico*" (78). Ma qual è la nozione di gruppo familiare, quale la sua struttura naturale, in quale lavoro bisogna essere impiegati, per quanto tempo, per poter fruire della *copertura*? Esiste una nozione "naturale" di famiglia, lavoro, ambiente geografico di residenza? Probabilmente no. Esistono, ripeto, processi di soggettivazione/assoggettamento storicamente e culturalmente determinati, che attraversano e avvolgono reticolarmente il corpo sociale, che lo penetrano fino a diventarvi immanenti, che plasmano un certo *ordine sociale*, che creano soggettività conforme, prima agendo sul singolo individuo attraverso istituzioni specifiche (meccanismi disciplinari), poi su fenomeni collettivi (dispositivi biopolitici del Welfare State) attraverso interventi complessi, inducendo bisogni vitali, producendo *vita*.

Un esempio concreto, di come con il Welfare State si profili un *nuovo statuto della soggettività*, e con quale strumentazione, viene offerto da Robert Castel (79). Il nuovo soggetto si costituisce, secondo il sociologo francese, a partire dal riformismo capitalistico degli anni trenta e dall'inaugurazione dei moderni sistemi di Welfare State, attraverso l'introduzione di "nuovi elementi" nel *salario*, che "*cessa di essere la retribuzione di una mansione*" (80). Non è tanto la riduzione del tempo di lavoro, o il primo accesso al consumo di massa sostenuto dall'aumento salariale, la fonte prima dell'assoggettamento biopolitico "salariale". Il nuovo assoggettamento dei lavoratori è caratterizzato piuttosto, da misure come il finanziamento pubblico del tempo libero: le *ferie pagate*. Per la prima volta il godimento del tempo viene riconosciuto ai lavoratori manuali: è uno dei primi passi della biopolitica del Welfare State verso la formalizzazione del diritto alla vita, operazione che segna l'abbandono dell'identificazione del lavoratore con la figura del povero bisognoso:

"il suo lavoro finanzia l'accesso alla qualità di uomo in quanto tale [...]. E' una rivoluzione culturale che va al di là del suo carattere di conquista sociale, si tratta di poter cambiare vita e le ragioni di vivere anche solo per qualche giorno l'anno" (81)

Altro esempio pratico di assoggettamento biopolitico, questa volta "sanitario": la *vaccinazione* (82). La vaccinazione diviene un elemento dirimente dal punto di vista giuridico e sociale. Il bambino vaccinato è un soggetto abilitato a condurre una vita sociale potenzialmente normale. Le campagne per la vaccinazione obbligatoria e l'uso sempre più massiccio degli antibiotici non riguardano un corpo a cui si associano dei farmaci: i vaccini e gli antibiotici non hanno la funzione di ristabilire una *normalità* funzionale o fisiologica alterata, bensì costituiscono una nuova organizzazione immunologica dell'organismo, determinano cioè, un nuovo ordine dei rapporti tra corpo e ambiente attraverso la distruzione di un ordine precedente.

A questo punto del discorso, sono forse in grado di rispondere ad alcune delle domande poste in principio di analisi, convalidando l'ipotesi interpretativa allora avanzata. Mi interrogavo, ricordo, su alcune condizioni di funzionamento effettivo del Welfare State, più precisamente la questione fondamentale era: "*Com'è possibile che la struttura unitaria e indifferenziata delle chances di vita somministrate massivamente dal Welfare State, soddisfi la globalità delle aspettative sociali?*". La risposta che propongo, consiste allora nei processi di *assoggettamento bio-norm*, dispositivo che plasma demiurgicamente le aspettative della collettività, che preforma e normalizza le esigenze sociali, nella loro quantità e qualità, prevenendo l'esplosione di conflitti per le risorse "da" Welfare State, dispositivo che, in questo senso, partecipa attivamente al governo della *in/sicurezza sociale*.

Si può parlare del meccanismo della capitalizzazione o ripartizione nella previdenza sociale, si può propendere per l'uno o l'altro, ma non si discuterà (*rectius* contesterà) quel meccanismo di protezione sociale che è la previdenza sociale in sé, il suo schema di funzionamento-base *anzianità/malattia-risparmio-providenza*, quasi fosse un dato naturale e immutabile.

Discorso simile per il diritto alla salute, l'obiettivo principale delle tecnologie e dei discorsi della biopolitica novecentesca, posto al centro di una riorganizzazione generale delle politiche assistenziali e assicurative a partire da Beveridge. Qual è lo stato di salute ottimale, l'equilibrio fisiologico da perseguire, cosa si può pretendere dal sistema sanitario nazionale, come lo si può pretendere? È ancora l'assoggettamento bio-norm, il dispositivo che elabora una matrice di unificazione delle preferenze, un linguaggio comune, una *koinè* per la rivendicazione delle risorse (in questo caso sanitarie). Si chiederà allora un aumento del numero dei presidi ospedalieri o una riduzione del costo dei tickets, ecc. Difficilmente si chiederà una modificazione degli standard culturali della salute fisica, biopoliticamente plasmata, ancor più difficilmente ci si renderà conto delle trasformazioni spesso "involutive", di tali standard.

Si pensi ad esempio alla transizione, nelle pratiche discorsive di operatori medici ed *opinion makers*, dalla centralità dell'idea di *salute fisica* a quella, ben più sfuggente, di *benessere fisico* o *forma fisica*, idee che impongono una tensione esistenziale continua verso uno status ontologicamente irraggiungibile, richiedendo precisi investimenti (simbolici e materiali) per il raggiungimento di tale status, investimenti dotati di un chiaro fondamento biopolitico.

Altro standard "sanitario": la promessa di salute infinita (o "l'impossibilità" della morte). Questa categoria, appare fondamentalmente un'ingiunzione alla collaborazione attiva dal basso dei soggetti a cui si rivolge. Per essere sempre più sani, bisogna essere sempre più vigili sulle minacce che sulla nostra salute continuano a incombere: fare sport, non fumare, evitare le occasioni di contagio, diete, vacanze, vincere lo stress, controlli periodici e terapie preventive...

La promessa di salute infinita, comporta regole "cogenti" e comportamenti predefiniti, che vanno a comporre un dispositivo di responsabilizzazione sempre pronto a rovesciarsi in colpevolizzazione (83): la malattia consegue unicamente all'inefficienza preventiva individuale. Questo trasforma il desiderio di star bene in strategie individuali e collettive di *immunizzazione*.

La ricerca della salute sconfinava continuamente nella ricerca dei modi per evitare il rischio della malattia e del contagio, e il modo migliore per evitare la malattia e il contagio è quello di evitare, *tout court*, il contatto con gli altri e il normale rischio che qualunque contatto inevitabilmente comporta. Si diffonde la consapevolezza che *vivere è mortale* (84), ma alla morte si può sfuggire eludendo il contatto interpersonale, evitando *l'altro*, configurandosi un trend verso la baumaniana *società elusiva* (85). Difficile reperire esempio più chiaro di come l'investimento sul "bios" abbia diretti effetti sulla "polis".

Tutto ciò, le richieste preformate, gli standard di riferimento, appare inevitabile, passando sotto la soglia della percezione critica, fatti semplicemente naturali. È impossibile (o quantomeno molto difficile), la variazione qualitativa delle richieste, la modificazione degli standard biopolitici, perché è davvero poco agevole la codificazione e la socializzazione orizzontale di linguaggi "alternativi". Esiste un preciso, cogente "ordine del discorso" del Welfare State,

"in ogni società la produzione del discorso è insieme controllata, selezionata, organizzata e distribuita tramite un certo numero di procedure che hanno la funzione di scongiurare i poteri e i pericoli, di padroneggiare l'evento aleatorio, di schivarne la pesante, temibile materialità" (86).

Esiste una semantica imperante del Welfare, una ed una sola. Una semantica generativa,

ovviamente: *il disoccupato, il povero abile, il povero non meritevole, il diversabile, la madre sola* ecc., ognuna di queste categorie (biopoliticamente costruite) richiede (e contribuisce a produrre) sistemi di accertamento, misure e servizi, culture e pratiche professionali, criteri di giustizia e giudizi morali densi di riferimenti normativi, ma soprattutto preformati alle esigenze dei destinatari, che non si limitano a sanzionare la "realtà" sociale, la generano, la plasmano, la riproducono. Così si "crea" lo *stato di bisogno*, la condizione di *patologia*, di *disfunzione*, di *normalità* ... Con terminologia prettamente foucaultiana, si potrebbe altresì parlare di *regimi di verità* il cui obiettivo è l'*assoggettamento*, la fissazione tramite un sistema di obbligazioni e divieti, ad una certa identità. Produzione di verità mediante pratiche discorsive elaborate da istituzioni e soggetti qualificati, per la costituzione di asimmetrie e gerarchie che verticalizzano e chiudono lo spazio politico, immunizzandolo da ogni forma di reciprocità e negoziabilità. La forma delle *chances di vita* (prima di tutto la forma discorsiva di queste), di conseguenza, non è messa in discussione, è quasi incontestabile, perché è essa stessa a determinare le istanze sociali che va a soddisfare: la "risposta" plasma la "domanda".

Mi chiedevo poi, in principio di capitolo, com'è possibile rendere compatibili con l'ordine politico, interessi disgreganti di intere fasce della popolazione, ad ottenere accesso alla condizione *sostanziale* di cittadinanza sociale. Coerentemente all'analisi fin qui sviluppata, dirò che è il riconoscimento di diritti sociali (implementati dalle prestazioni di welfare) il fattore di trasformazione di interessi disgreganti in compatibili, la condizione di accesso alla cittadinanza integrale e sostanziale. È attraverso i diritti sociali che il *consumatore* -soggetto humaneo- diventa *attore* (87) -soggetto razionale-cittadino. Propriamente, è la distribuzione di diritti sociali che corrisponde a tale strategia, assumendo le forme ambigue di una componente essenziale nell'*assoggettamento* bio-norm del Welfare State.

Ho discusso dell'*assoggettamento* bio-norm come di un meccanismo inarrestabile, compatto, irriducibile, pervasivo, straordinariamente incidente sul mantenimento di un certo ordine sociale. Ne è emersa la potenza (almeno teorica) e questo ha simmetricamente minimizzato, reso quasi insignificante, l'altro polo del processo, il "bersaglio" dell'*assoggettamento*: la *singularità sociale*. Caratterizzare quest'ultima come un *ens* passivo, come realtà dall'indefinita plasticità, come statico dell'azione biopolitica, *lo zero rispetto all'infinito* (88), sarebbe davvero molto poco coerente con la griglia interpretativa finora adottata. In più, probabilmente, correrei il rischio di risolvere la mia analisi del bio-norm del Welfare State, in una riproduzione un po' kitsch e molto poco originale, dei ritratti distopici della società del futuro à *la* Orwell (89) o à *la* Huxley (90). Meglio evitare. Come? Si potrebbe ad esempio, pensare foucaultianamente a "conati" più o meno strategici di resistenza, articolati in tattiche locali, contestuali, parziali di micro-opposizione della *singularità sociale*. Questa operazione permetterebbe l'introduzione di elementi di *reversibilità* nel flusso bio-norm, configurandosi ora come un ordine *relazionale*, una trama complessa di relazioni più che un flusso unidirezionale di potere. *Pratiche di resistenza* allora. Secondo Foucault ne esisterebbero di tre tipi: resistenza rispetto a forme di dominazione; rispetto a forme di sfruttamento che separano gli uomini da ciò che producono; rispetto alla normalizzazione che vincola l'individuo ad un'identità coatta. Sono evidentemente queste ultime pratiche, ad attirare la mia attenzione. In esse, la contestazione della norma è operazione simmetrica alla politicizzazione di una serie di tematiche, status, forme di sapere. Una prima pratica di resistenza alla normalizzazione da considerare, potrebbe essere la domanda di contro-potere storicamente determinata, di certi gruppi sociali, una domanda *positiva* di Welfare:

"quella di una provvidenza che apra la strada a rapporti più ricchi, più vari, più diversificati e più flessibili con se stessi e con il proprio ambiente, in grado, nello stesso tempo, di garantire ad ognuno una reale autonomia" (91).

Le lotte contro il potere psichiatrico, gli attacchi contro la morale e la gerarchia sessuale, la contestazione della penalità e del sistema carcerario ecc., mostrano quanto intensa sia stata tale forma resistenza proveniente dal basso, nei confronti del massiccio investimento biopolitico dispiegatosi a partire dalla seconda guerra mondiale (92). Si è trattato di rivendicare la *vita*, piena, non alienata, la soddisfazione dei bisogni e dei desideri, una diversa idea di salute...

Un'altra ipotesi (provocatoria) è che siano configurabili come strategie di resistenza, per così dire *passiva*, la deresponsabilizzazione parziale o la dipendenza "indotta" dal Welfare State. Si potrebbe sostenere che il dispositivo bio-norm non produca positivamente soggettività deresponsabilizzate (come pure alcuni sostengono), né che queste siano una specie di "residuo fisso" del corretto funzionamento del Welfare State. Si potrebbe negare altresì, che il *frame* della dipendenza dal Welfare State sia parte attiva dei processi di *assoggettamento* e moralizzazione del Welfare State

stesso (93). Al contrario, quelle soggettività sarebbero concettualizzabili come forme di opposizione strenua ed ineliminabile al processo di assoggettamento, una realtà di resistenza "passiva" appunto, dotata di una sua autonomia, nei confronti della quale si esercita *relazionalmente* il potere bio-norm, rifrangendosi continuamente.

Mi fermo qui. Piuttosto che diffondermi sulle possibili, differenti strategie di resistenza (argomento comunque dall'indubbio fascino), preferisco considerare, con effetto incidentale di problematizzazione del mito della irriducibile potenza dei dispositivi bio-norm, come a partire da un certo momento tale dispositivo cominci, con evidenza, a dis-funzionare. Gli obiettivi al conseguimento dei quali il dispositivo era preordinato, sfuggono, e questo fallimento produce un potente clangore, la cui eco risuona attraverso la società tutta, con rilevanti conseguenze. Accade qualcosa, qualcosa che è dinamica interna al Welfare State e ai suoi dispositivi biopolitici, che incrina il suo perfetto funzionamento. All'analisi di tale disfunzionamento dedico il prossimo capitolo.

4. Processi Critici

Finora mi sono interrogato e ho provato a suggerire risposte provvisorie, che attengono al *perché* del funzionamento dei dispositivi bio-norm del Welfare State: perché esiste qualcosa del genere, a cosa serve, quando si sviluppa, all'interno di quale conteso socio-politico ecc. Questa categoria, la sua struttura il suo senso, è stata finora contestualmente, l'elemento da comprendere (*explanandum*) e l'elemento che ha permesso di penetrare analiticamente altre realtà (*explanans*). Credo i tempi siano maturi per cambiare obiettivo. È arrivato il momento di indagare il funzionamento reale, *nella sua effettività*, di quello stesso dispositivo. Non come dovrebbe essere, ma com'è (o com'è stato). Presterò attenzione soprattutto alla dimensione del *dis-funzionamento* del bio-norm, alle condizioni di insorgenza e alle interferenze di questo dis-funzionamento con l'azione di altri dispositivi deputati formalmente alla regolazione della conflittualità sociale. Mi dedicherò in sintesi ai *processi critici* del fenomeno bio-norm del Welfare State.

Metodologicamente, la mia ipotesi di lavoro prevede la scomposizione del bio-norm del Welfare State nelle sue componenti prime, che ritengo simmetriche proiezioni delle tre fasi che nella genealogia foucaultiana scandiscono la governamentalizzazione biopolitica della vita: *Potere pastorale* (fattore critico bio-norm del Welfare State *popolazione*); *Ragion di Stato* (fattore critico (de)legittimazione *eudaimonistico-sociale* del Welfare State); *Polizei* (fattore di crisi mutamenti strutturali della categoria di *rischio*).

Nelle pagine precedenti sono pervenuto all'identificazione di un isomorfismo di base tra regimi politici quali lo Stato liberale e il Welfare State, prescindendo deliberatamente da una pedissequa riproduzione del percorso foucaultiano di governamentalizzazione biopolitica della vita, cadenzato dalle tre "fasi" del *Potere Pastorale*, *Ragion di Stato*, *Polizei*. Questo perché il mio obiettivo non era (e non è) la ricostruzione integrale della biopolitica foucaultiana, bensì isolare da quella complessa originale trama teorica ed epistemologica, un'unica componente, un singolo segmento, il comune denominatore dei regimi politici esaminati (la questione governo dell'in/sicurezza), operazione coerente con l'economia del mio studio e con gli obiettivi ultimi che questo cerca di conseguire.

Nelle pagine a seguire opto per un cambiamento di prospettiva, *richiamando* direttamente le tre "fasi" foucaultiane. Perché tale drastico cambiamento? Come si giustifica?

Mi sembra che la crisi del bio-norm del Welfare State s'inscriva coerentemente nella crisi del paradigma biopolitico *tout court*, per questo utilizzo le categorie foucaultiane di analisi genealogica della biopolitica, con la loro indubbia funzionalità euristica, per meglio contestualizzare il fenomeno in trattazione (processi critici). A questo punto, allargare lo sguardo, riprendendo complessivamente il discorso foucaultiano sulla biopolitica, è necessario. Esiste una dimensione "*pastorale*" nel bio-norm del Welfare State, il cui disfunzionamento è dovuto a trasformazioni che investono la *popolazione*; c'è un residuo, in quel diagramma socio-politico, dell'*arte razionale di governo* che si esaurisce con l'emergenza storica dei processi di delegittimazione eudaimonistico-sociale del Welfare State. Sono presenti infine, elementi della *Polizei*, che perderanno efficacia con il superamento della tradizionale tecnologia del *rischio*.

Questa particolare prospettiva metodologica apre ora, una rilevante questione. Sostanzialmente separerò le tre categorie della biopolitica foucaultiana, collegando ognuna di esse da un fattore di crisi

del bio-norm del Welfare State. Non posso eludere allora, la questione della legittimità teorica della "disaggregazione" di ciò che nella lettura foucaultiana è, non semplicemente giustapposto, ma anzi sincronicamente e inscindibilmente legato (le tre componenti). Forse tradisco quella mirabile interpretazione? Ha senso farlo?

Prosaicamente ritengo che tale (ineludibile) tradimento, favorisca una disamina più agevole del complesso fenomeno processi critici del bio-norm del Welfare State, rispondendo primariamente alla forse mediocre esigenza di *parsimonia analitica* ed efficacia descrittiva.

4.1 Fattore di crisi: Potere pastorale/Popolazione

Cosa intendo dire quando istituisco un ideale legame tra *Potere pastorale*, *popolazione* e processi critici del Welfare State? Intendo sostenere, per ora apoditticamente, che il potere pastorale si proietta nella governamentalità del Welfare State fondamentalmente a due livelli: *modalità* e *oggetto* dell'esercizio del potere. Modalità come doppio movimento individualizzante e totalizzante del *prendersi cura* di un oggetto specifico: la *popolazione*.

Procedo partitamente nell'analisi, cercando di dimostrare progressivamente la fondatezza della tesi sostenuta.

Potere pastorale, dunque. Esso allude a quella modalità di governo degli uomini che, soprattutto nella tradizione ebraico-cristiana, passa per un rapporto stretto e biunivoco tra pastore e gregge. Diversamente dal modello greco o da quello latino, ciò che in essa conta non è tanto la legittimità del potere fissata dalla legge, o il mantenimento della concordia tra i cittadini, quanto la cura rivolta dal pastore alla salvezza del gregge (94). La relazione tra essi è perfettamente biunivoca: come le pecore ubbidiscono senza esitazione al volere di colui che le guida, così questi è tenuto a badare a ciascuna di loro, al punto di mettere a repentaglio la propria. Ma ciò ancora di più connota la pratica del potere pastorale è il modo in cui tale risultato è conseguito: una direzione capillare, pervasiva, collettiva e individualizzata (*omnes et singulatim* (95)), dei corpi e delle anime dei sudditi. Al centro di tale processo il dispositivo della *confessione*, strumento formidabile di soggettivazione ed assoggettamento, realizzando un movimento che condiziona il dominio sull'oggetto alla sua partecipazione soggettiva all'atto della dominazione. Confessandosi l'oggetto del potere pastorale è oggettivato nella costituzione di una precisa soggettività:

"E' una forma di potere che trasforma gli individui in soggetti. Vi sono due sensi della parola soggetto: soggetto sottomesso all'altro dal controllo e dalla dipendenza, e soggetto reso aderente alla propria identità attraverso la coscienza o la conoscenza di sé. Nei due casi questa parola suggerisce una forma di potere che soggioga e assoggetta" (96).

Il paradigma del potere pastorale si dispiega nelle sue caratteristiche strutturali e funzionali solo nel momento in cui viene tematizzato dai Padri della Chiesa, negandosi in precedenza (si pensi al *Politico* di Platone) la riducibilità concettuale del pastorato al potere politico. La tematizzazione cristiana si configurò come moralizzazione del rapporto pastore-pecora/guida-guidati, come affermazione dell'obiettivo di salvaguardia della vita terrena finalizzata a garantire la salvezza ultramondana, come correlativo dispiegamento di dispositivi di estrazione della verità dal fedele.

In questo modo il rapporto guida-guidati assume la struttura della sottoposizione acritica del guidato alla guida, determinata dall'accettazione passiva della "naturale" cogenza della volontà della guida, affermandosi altresì la necessità di produrre conseguentemente la conoscenza dettagliata del suddito attraverso dispositivi sofisticati come *l'esame di coscienza* e *ladirezione di coscienza* (97), il primo da intendere come affidamento temporaneo al fedele dello stesso controllo interiore esercitato dal pastore con la pratica della confessione, con la quale il fedele esercita direzione di coscienza sul fedele. Queste tecniche di estrazione della verità, orientate verso gli individui e destinate a guidarli in maniera continua e permanente, implicando una forma specifica di conoscenza del fedele, caratterizzano il potere pastorale come potere *par excellence* individualizzante.

Per Potere pastorale, Foucault intende dunque, a maggiore livello d'astrazione, una forma storica di relazione tra gli uomini, per cui un singolo investito d'autorità si *prende cura*, come il pastore del suo gregge, di una molteplicità di uomini riuniti in *popolazione*. Volendo catalogare i tratti fondamentali, quelli che costituiscono il nucleo essenziale e irriducibile, del potere pastorale, sicuramente da

considerare sono: la determinazione esogena della legittimità del pastorato (la guida attinge legittimazione dalla volontà divina); orientamento essenzialmente "assistenziale/oblativo"; cura nei confronti di un gruppo di uomini in movimento, più che verso un territorio; guida-pastore come garanzia, *conditio sine qua non* dell'aggregazione omogenea, dell'unità dei soggetti *curati* (98).

Da un punto di vista ancor più generale, il paradigma del potere pastorale costituisce uno strumento decisivo di decifrazione della razionalità politica che si afferma attraverso la governamentalizzazione dello Stato moderno: il pastorato, come risulta da quanto appena esposto, si occupa di una molteplicità di individui prefiggendosi la loro salvezza nel loro insieme e individualmente, analogamente lo Stato moderno non avrà come finalità precipua il possesso e la conquista di un territorio e il prelievo delle sue ricchezze, ma la buona gestione delle forze del corpo collettivo.

L'emergere della popolazione come oggetto principale di governo è collegato con la percezione che ciò che sta diventando importante, per la legittimità del potere di un sovrano su di un territorio, è la conoscenza e lo sviluppo delle forze su cui può contare lo Stato, la definizione, implementazione e attivazione di tecnologie razionali di potenziamento, in estensione e durata, delle forze dei singoli Stati. Di questo stato di cose saranno espressioni lo sviluppo di *tecnologie diplomatico-militari* e la *polizia* (intesa come complesso di mezzi per il potenziamento statale). Oggetto di queste tecnologie la diade popolazione/ricchezza: dall'arricchimento attraverso il commercio si mira all'aumento della popolazione, e quindi la possibilità di dotarsi di eserciti numerosi e forti.

In questo contesto sarà la *popolazione* ad apparire come la risorsa fondamentale della potenza dello Stato, riguardo alla quale verranno sviluppate forme specifiche di sapere e tecniche appropriate di amministrazione; d'altra parte oggetto essenziale del sapere e del potere di governo sarà necessariamente lo stesso individuo, nella misura in cui contribuirà alla conservazione e potenziamento dell'insieme. Di qui l'importanza della modalità duale di esercizio di questo potere: *individualizzazione* e *totalizzazione*. Di qui anche l'assurgere della *vita*, della salute, del benessere materiale e morale di tutti e ciascuno a riferimenti centrali delle pratiche di governo.

La biopolitica si caratterizzerà proprio mediante tale duplicità di esercizio modale del potere, al contempo individualizzante (tipico delle tecnologie disciplinari applicate ai corpi singoli) e totalizzante per la regolazione dei fenomeni biologici della popolazione.

E veniamo allora a descrivere, seppur in sintesi, taluni aspetti di quel particolare protagonista dell'esercizio del potere pastorale (e simmetricamente del bio-norm del welfare state): la *popolazione*.

" [...] La popolazione non è la semplice somma dei soggetti che abitano un territorio, una somma che sarebbe il risultato della volontà, da parte di ciascuno, di aver dei figli o di una legislazione che favorirebbe o scoraggerebbe le nascite. La popolazione è una variabile dipendente da un certo numero di fattori che non sono esclusivamente naturali (il sistema delle imposte, l'andamento della circolazione monetaria e la ripartizione del profitto sono determinanti essenziali del tasso di popolazione" (99).

Dagli inizi del XX secolo, il concetto di popolazione designa una variabile indipendente dalla quale dipenderebbero tutte o quasi, le trasformazioni sociali (100). La ridefinizione della categoria di popolazione nel linguaggio scientifico e pubblico agì in una duplice direzione. Da un lato spostava il fondamento dell'ordine sociale dal contratto tra individuo e società alla sorveglianza della regolarità biologica, economica e politica dell'evoluzione dei fenomeni sociali a livello di massa. Dall'altro neutralizzava il potenziale sovversivo della struttura sociale offerto dalla "folla" imbrigliando nel determinismo biologico l'energia dissolvente delle norme sociali manifestata dagli individui equalizzati dalla massa. La separazione teorica dei concetti di "popolo" e di "popolazione" segnava quindi l'abbandono sia del contrattualismo sia del volontarismo antipositivista, per approdare ad una visione organicista della società e del "sociale" (101).

Era ora possibile prevedere i comportamenti individuali e collettivi sulla base di indicatori macrosociali relativi ai cambiamenti esterni ed interni dell'organismo sociale. Controllare la densità e le qualità fisiche, psicologiche e morali del corpo sociale, prevedere e guidare la normalità di sviluppo dell'organismo, inferita sulla base di stime statistiche e misure globali, significa rinforzare l'equilibrio omeostatico della società in generale.

L'intervento sulla popolazione ricopre ineludibilmente un ruolo biopoliticamente rilevante, si pensi alla regolazione dei flussi migratori e le politiche di sostegno alle famiglie, tese ad aumentare il tasso di

natalità degli autoctoni.

Nella prospettiva foucaultiana, la popolazione consiste di un insieme di elementi che, da un lato, è collegato al regime generale degli esseri viventi e dall'altro può essere visto come il punto di applicazione di interventi concertati (102). Le tecnologie biopolitiche non configurano la popolazione come un insieme di soggetti di diritto e neppure come agglomerato di forza-lavoro. La popolazione è lo spazio di azione della sinergia "regolativa" tra discipline e governamentalità:

"se si guarda la popolazione come composta da individui uti singoli è il campo in cui si dispiegano le tecnologie disciplinari, se la si guarda nella sua complessità è l'oggetto delle tecnologie di governo informate dall'economia politica. Laddove la disciplina individualizzava per identificare e garantire l'ordine dello spazio epistemico e sociale, il controllo governamentale serializza per garantire la permanenza coerente, l'integrazione del sociale" (103).

Le due figure di esercizio di potere sulla popolazione ancora una volta non sono giustapposte: il controllo governamentale sussume in sé la disciplina integrandola, e producendo la doppia morsa biopolitica dell'*individualizzazione/serializzazione* (104). Per popolazione Foucault non intende allora un popolo, l'insieme di abitanti dello Stato-Nazione, ma, in sintesi, identità collettive costruite dal potere per assicurare produttività e potenziamento dello Stato.

In che senso la popolazione, la cui centralità per il bio-norm del Welfare State è concettualizzabile come proiezione della *ratio pastoralis* su tale regime politico, partecipa ai processi critici del bio-norm del Welfare State? La tesi fondamentale, è che oggi la governamentalità biopolitica del Welfare State, cessa di essere modalità di governo delle popolazioni, a causa delle trasformazioni qualitative che investono intensamente quella soggettività collettiva.

In verità, storicizzando l'analisi, sarebbe possibile distinguere almeno tre definiti campi di incidenza della biopolitica. Il primo "bersaglio" d'elezione può essere considerato (come già argomentato) la popolazione, in senso "foucaultiano". Popolazione come oggetto fondamentale in riferimento al quale si realizza la totalizzazione biopolitica, così come il singolo è oggetto del livello individualizzante dell'esercizio del potere disciplinare. Progressivamente il bersaglio dell'azione biopolitica si sposta: dalla popolazione all'*ambiente*. Ambiente inteso come uno spazio di relazioni dinamiche tra elementi ed eventi naturali ed artificiali, piuttosto che mero contesto esterno della molteplicità degli uomini da governare biopoliticamente (105). La governamentalità smette di regolare la popolazione, assumendola come complesso di individui che come atomi in continuo movimento, devono essere "*lasciati fare*", concentrandosi invece sul *Soziale Umwelt*, sull'ambiente in cui essi vivono. Il governo della popolazione cede il passo ad un governo mediato, operando sull'ambiente, come *humus* delle relazioni di mercato, agevolando il libero dispiegarsi delle dinamiche dello scambio, la valorizzazione o la svalutazione delle risorse disponibili, la concorrenza. L'azione di governo mira all'ottimizzazione delle condizioni facilitanti il libero agire di un soggetto, non disciplinabile, ma sensibile alle variazioni delle opportunità strutturali offerte dall'ambiente in cui opera (106).

Il passaggio successivo è la configurazione dell'ambiente come *mercato*, il *moloch* neoliberalista (terza fase). Nel momento in cui il mercato diventa il *frame* di operatività (e senso) dello Stato, esso esclude del tutto la possibilità di *prendersi cura* della popolazione (107). Le persone circolano rapidamente come le risorse finanziarie: questo comporta il superamento dei lentissimi meccanismi disciplinari ma anche di quelli biopolitici più lenti rispetto alla velocità del mercato.

Paradossalmente l'avverarsi della previsione foucaultiana del mercato come luogo di veridizione delle politiche, fa venire meno la nozione che lo studioso francese pone al centro della sua analisi (108). Oggi lo Stato non è in grado di governare la popolazione in senso foucaultiano. La manipolabilità delle popolazioni è aumentata a dismisura, lo Stato può limitarsi a selezionare la popolazione, attraverso meccanismi esclusivi/inclusivi individuare attori adatti al mercato, prescindendo dai dispositivi disciplinari: "*non è necessario produrre cittadini "buoni" o imprenditori "utili": basta selezionarli*" (109).

Il venir meno della convinzione che la popolazione sia una risorsa data che va presa in carico e curata per potenziare lo Stato, comporta un decremento d'importanza del biopotere, emergendo, infatti, una società in cui la politica rinuncia alla presa in carico individualizzante e totalizzante, o a predisporre l'ambiente, dedicandosi invece quasi esclusivamente al *filtro* e alla *selezione* (110).

Sintetizzando: tre "bersagli" biopolitici in successione storica: *individuo-popolazione-ambiente*. Quando

il mercato s'identifica con l'ambiente, il modello biopolitico, in particolare la sua versione welfarista, esaurisce parte fondamentale di quella *ratio pastoralis* che l'animava, emerge impietosa, la *crisi*.

È evidente come questo, per l'economia del mio studio, rappresenti un dato particolarmente rilevante. Il *displacement* appena descritto comporta naturalmente una variazione intensa circa la dimensione pastorale della biopolitica, al contempo rappresenta un fattore critico per il bio-norm del Welfare State. Viene infatti meno, il riferimento unico e fondamentale della tecnologia welfarista: la popolazione, come agglomerato umano suscumbibile (e razionalizzabile) entro i *clusters* statistici dell'assicurazione, emergendo lo spazio fisico-sociale dell'ambiente, anch'esso destinato poi a divenire evanescente oggetto dell'azione biopolitica, una volta surrogato dal mercato intangibile.

Il Welfare State, si trova dunque di fronte ad una sorta di rivoluzione sociologica (111). I suoi soggetti non sono più gli stessi. Attrezzato per gestire i problemi di popolazioni relativamente omogenee, di gruppi e di classi coese, deve oggi confrontarsi con la società atomizzata dominata dal mercato. È utile ricordare come il Welfare State, da sempre abbia sovrapposto tre elementi: *gruppi di riferimento, sistemi di regole e prestazioni mirate, operatori sociali specializzati* (112). L'identificazione della popolazione di riferimento, definita in termini statistici, giuridici e amministrativi per divenire oggetto d'intervento pubblico, rappresentava la prima fase dell'intervento Welfare State. Questa prima operazione risente oggi di quelle fortissime trasformazioni sociali, provate a descrivere qualche riga sopra.

Dicevo dell'emersione di nuovi "*soggetti sociali*" (113). Con sguardo "fenomenologico" potrei citare, a titolo puramente esemplificativo, i *disoccupati di lunga durata*. Nessuna caratteristica permette di identificare a priori quale mercato è quasi definitivamente chiuso per tali soggetti. Probabilmente le caratteristiche oggettive non possono essere separate da variabili esplicative biografiche: la storia individuale più che la sociologia e la statistica, appare mezzo più adatto per scandagliare il sociale. Analogo discorso per le famiglie sovraindebitate, per la popolazione migrante ecc.

Oltre la macrovariabile del mercato per spiegare crisi del bio-norm del Welfare State è necessario allora, l'integrazione del fattore *umano*, accennare a chi il mercato lo vive, meglio: lo subisce. Tali soggetti sociali non rappresentano popolazione nel senso tradizionale dell'assistenza sociale, non sono neppure un gruppo sociologico: condividono solo un *profilo biografico*, statisticamente sfuggente, poco assicurabile.

4.2 Fattore di crisi: Ragion di Stato/Legittimazione/Sicurezza

Per *Ragion di Stato* Foucault intende una particolare *arte razionale* di governo, una *razionalità specifica* nell'arte di governare gli Stati, che traduce e determina il progressivo spostamento del potere *dall'esterno all'interno dei confini di ciò su cui si esercita* (114).

Quest'arte non corrisponde all'imitazione del governo della natura da parte del re, bensì verte su principi utili alla guida del governo concreto: né natura, né sue leggi in generale e nemmeno conformità all'ordine generale del mondo, ma governo conforme alla potenza dello Stato e delle sue esigenze. La lettura foucaultiana della Ragion di Stato diverge, da un'ulteriore, autorevole tradizione, quella machiavelliana. Mentre ancora il principe machiavelliano conservava una relazione di singolarità e di trascendenza nei confronti del proprio principato, mentre lo sforzo del principe era proteso unicamente verso il rafforzamento del legame con lo Stato, l'arte di governo razionale, s'interessa esclusivamente dell'esistenza pura dello Stato, della sua natura, del suo rafforzamento singolare, inducendo caratteristicamente, un doppio movimento di *immanentizzazione e pluralizzazione* (115). Da un lato, infatti, il governo non si rapporta più circolarmente a sé stesso (autoconservazione e ampliamento dei propri assetti), ma alla vita di coloro che governa, nel senso che suo obiettivo precipuo è, oltre l'obbedienza incondizionata, il benessere dei governati. Esso aderisce internamente alle esigenze dei governati, iscrive il proprio operato nei processi vitali, trae la propria forza da quella dei sudditi. Per fare ciò per raccogliere e soddisfare tutte le richieste che gli arrivano dal corpo della popolazione, esso è costretto a moltiplicare le proprie prestazioni in spazi disparati. Di qui il doppio movimento: verticale, dall'altro verso il basso, congiungendo *oikonomicamente* sfera statale a quella familiare, ed orizzontale, relazionando pratiche e linguaggi in forme di amplificazione di prestazioni e rendimenti (116).

Foucault isola un ulteriore aspetto peculiare della Ragion di Stato: la costituzione di un certo tipo di *conoscenza* (presupposta dall'arte di governo razionale). "*Il governo è possibile solo se si conosce la*

potenza dello Stato; è così che può essere conservata" (117). È necessaria la costruzione di un sapere concreto, rigoroso, esatto circa la potenza dello Stato, una conoscenza come la statistica o aritmetica politica, ovverosia la conoscenza delle forze rispettive dei diversi Stati.

Questa breve disamina della categoria della Ragion di Stato nella semantica foucaultiana, e del suo utilizzo euristico, dovrebbe rendere intuitivo il nesso che essa intrattiene con quel particolare diagramma di regolazione sociale che è il Welfare State. La mia tesi è che l'auto-potenziamento dell'arte razionale di governo, si traduca nel Welfare State, nella tendenza strutturale di questo regime socio-politico, alla habermasiana *colonizzazione statale della lebenswelt* (118). Di cosa si tratta? Si potrebbe dire che Welfare State tenda a pervadere sfere di esistenza che obbedivano a leggi proprie di una razionalità pratica di ordine morale ed estetico provocando così, un impoverimento delle possibilità di espressione e comunicazione che restano comunque necessarie anche in società complesse, affinché gli individui possano imparare a ritrovare sé stessi, ad affrontare e a regolare i conflitti collettivi. La trattazione di materie culturali in termini amministrativi ha come ulteriore conseguenza, che contenuti e norme consolidate della tradizione che rientravano tra condizioni culturali marginali del sistema politico, vengono tematizzate pubblicamente scuotendo le strutture vitali per il sussistere di una sfera pubblica spolticizzata.

A tutti i livelli, la pianificazione amministrativa produce effetti di turbamento e di pubblicizzazione (non intenzionali), che indeboliscono il potenziale giustificatorio delle tradizioni, costrette ad abbandonare la loro spontaneità. L'effetto è il logoramento prima, la dissoluzione poi della capacità di affrontare autonomamente conflitti sociali e collettivi, di auto-organizzazione sociale. Ciò che prima era affidato alla riflessione e alla comunicazione inter-soggettiva indifferenziata o ad autorità con carisma, nel quadro di una più o meno generale regolazione endogena dei conflitti, viene ora considerato compito specializzato di *élites* esperte ed istituzioni specializzate. All'avanzare della pianificazione amministrativa di Welfare State anche nella sfera dell'intimità e familiarità, consegue la distruzione o corrosione delle basi culturali tradizionali dei processi consensuali spontanei di regolazione dei conflitti.

Ciò che prima veniva ottenuto in termini di dovere morale, secondo norme di senso comune tradizionale più o meno sacralizzate, oggi diviene oggetto di negoziazione con lo Stato. Di conseguenza il consenso si produce e riproduce sempre più affidandosi a pratiche transazionali privato-pubbliche, anche per la politicizzazione di ambiti privati.

Il consenso, in breve, invece che essere generato spontaneamente (119), sulla scorta delle tradizioni culturali e morali, o per via razionale e discorsiva, promana da *risarcimenti conformi al sistema* (120), distribuiti dallo Stato secondo regole di mediazione compromissoria tra portatori di interessi. I risarcimenti conformi al sistema dovranno compensare le legittimazioni mancanti. Il problema ovviamente si pone quando le pretese di risarcimenti conformi al sistema aumentano più rapidamente della massa di valori disponibile, o quando s'ingenerano aspettative impossibili da soddisfare con risarcimenti conformi al sistema, in questo caso la crisi di legittimazione è inevitabile.

L'intervento del Welfare State, con i connessi aspetti di pianificazione amministrativa della *vita*, tende sempre più sul terreno della transazione, a sostituirsi a gradazioni di esperienze e di corpi sociali intermedi tra lo Stato centrale e i singoli *mondi vitali* (121). Ambiti di vita che un tempo erano lasciati alla autoregolazione della sfera privata e tradizionale, o di autonomi gruppi sociali intermedi tra pubblico e privato sono ora aree coperte da interventi pubblici (quelli del Welfare State) per prestazioni, prelievi e controlli sempre più consistenti, capillari e poco efficienti. Effetto ultimo è la colonizzazione (*rectius*: la sterilizzazione) dei mondi vitali.

Qui s'inserisce coerentemente la questione del processo di graduale delegittimazione del Welfare State. Se l'arte razionale di governo è *par excellence*, auto-potenziamento/rafforzamento singolare dello Stato, elemento costitutivo della governamentalizzazione biopolitica, proiettandosi nel bio-norm del Welfare State come tendenza alla colonizzazione amministrativa della *lebenswelt*, per espandersi e penetrare la società civile, mi chiedo come sia possibile che tale auto-rafforzamento "funzioni" in assenza di legittimazione sociale. Se è vero che non è la coercizione/repressione degli apparati di Stato, ma al contrario è la stimolazione dell'autoproduzione/normalizzazione del corpo sociale, la democratizzazione della sovranità a fondare il *discrimen* tra governamentalità biopolitica e paradigmi di potere sovrano classico, mi chiedo come sia possibile eziologicamente tale auto-potenziamento in presenza di un deficit legittimazione (che scopre evidentemente i limiti dell'assoggettamento bio-norm del Welfare State). Mi chiedo come sia possibile la *statalizzazione del biologico*, in un contesto di

delegittimazione statale.

Può essere utile a questo punto ripercorrere brevemente le fasi fondamentali dell'emergenza storica ed evoluzione del processo di delegittimazione del Welfare State, prima ancora cercare di spiegare il significato dell'espressione *delegittimazione*.

È evidente che non avanzi alcuna pretesa di esaustività con questa analisi, non provo nemmeno a definire una mappatura generale della "crisi" di legittimazione del Welfare State. Intendo solo individuare alcune, specifiche "componenti" di tale complesso fenomeno. Mi riferirò soprattutto a sue declinazioni sociologiche e socio-politiche.

Muovo dalla considerazione elementare, di weberiana memoria, che lo Stato necessita di "riconoscimento" da parte dei membri della società, riconoscimento mediante il quale ottenere la propria *legittimazione*. Max Weber com'è noto, individua tre tipi di legittimazione: *carismatica*, *tradizionale* e *legale-razionale* (122). Nel terzo tipo che è ritenuto proprio dello Stato moderno, la ragione della doverosità dell'obbedienza dei cittadini nei confronti dello Stato risiede nella validità dei comandi, emessi in base a regole generali, le quali sono state elaborate secondo precise procedure.

È questa la legittimazione alla base del Welfare State? Sembrerebbe di no. La natura della legittimazione si è andata modificando sino a rendere desueta la tassonomia weberiana (123). La legittimazione legale-razionale va incontro ad un progressivo indebolimento legato ad innumerevoli fattori, tra questi meritano menzione: la fragilità motivazionale di un riferimento puramente formale e procedurale alla correttezza di regole privo di contenuto valoriale; la perdita di efficacia di manifestazioni istituzionali propri della razionalità legale; l'emersione di nuovi soggetti rappresentativi di forze sociali, inosservanti regole procedurali.

Di fronte a questa prima crisi di legittimità (legale-razionale) gli Stati cercarono nuove fonti di riconoscimento sociale. Qui rileva in specie, la proposizione dello sviluppo tecnologico-industriale come valore in sé e per sé, come giustificazione ulteriore della fluidificazione dei confini Stato/società (124). La fonte del consenso sarà la promessa delle prestazioni (redditi/servizi) ai cittadini. È questa la nuova forma di legittimazione del Welfare State, che con Arnold Gehlen, chiamerò *eudemonistico-sociale* (125). Gehlen con questa densa espressione indicava un tipo di legittimazione basata sulla capacità dello Stato di assicurarsi il riconoscimento da parte dei cittadini, garantendo un flusso di beni e servizi crescenti, per garantire uguaglianza.

Quando riferisco del deficit di legittimazione del Welfare State, parlo di un processo di arretramento dei livelli di tale legittimazione, che credo possa essere colto, considerandolo da due punti di osservazione distinti. Due le coordinate fondamentali da considerare: il dubbio radicale sull'*uguaglianza* e la destituzione di senso della *solidarietà sociale*, questioni strettamente collegate, che si implicano mutuamente.

L'emergere di una domanda radicale sul senso della dinamica egualitaria del Welfare State, è la prima questione di straordinaria importanza, che provo ad esaminare.

La domanda fondamentale che ci si pone, in maniera più o meno manifesta, a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo passato è: "*L'uguaglianza è davvero un valore che ha ancora avvenire?*" (126). Uguaglianza è fattore di potenziamento razionale del Welfare State?

L'uguaglianza ha funzionato senza problemi finché si trattava di tradurla in una norma giuridica, civile. Non è stato più così da quando si è trattato di conferirgli una dimensione sociale ed economica, da quando un intero apparato istituzionale ispirato da una precisa razionalità socio-politica ha assunto quel conferimento come obiettivo supremo, la propria *raison d'être*. Innanzitutto perché veniva ad aprirsi un campo sconfinato all'attuazione dell'uguaglianza (*il programma illimitato*), sfera che non cessava di dilatarsi. La domanda di uguaglianza civile e politica si traduce nella determinazione di una norma identica per tutti, il suo scopo è l'abolizione radicale delle differenze di posizione civile e politica. La domanda di uguaglianza economica o sociale (quella cui cerca di rispondere il Welfare State) si presenta sotto un'altra forma: si esprime come volontà di *riduzione delle disuguaglianze*. In relazione a tale istanza si sviluppa un forte dubbio. Pur vivendo in una società del rischio generalizzato, il singolo non riesce più a percepirsi come possibile destinatario delle provvidenze dello Stato sociale, dell'azione di livellamento delle disuguaglianze. E allora, perché mai destinare stanziamenti per l'adozione di misure di protezione sociale di cui non si sarà mai oggetto?

Emerge a questo punto, con evidenza, la seconda coordinata da considerare. La crisi intellettuale che investe il Welfare State. Essa consiste in una crisi di *solidarietà* complementare al dubbio radicale sull'uguaglianza. Anche questo è fattore di depotenziamento/delegittimazione dell'apparato statale.

Il Welfare State in quanto operatore centrale di redistribuzione e di organizzazione di solidarietà, funziona come una *grande intercapedine istituzionale* (127), sostituendosi al rapporto diretto tra individui e tra gruppi. Isolata dai rapporti reali che la strutturano, l'organizzazione della solidarietà attuata dal Welfare State, diventa sempre più astratta, verificandosi un vero occultamento dei rapporti sociali. Quando l'individuo è separato dalla società si trova di fronte una serie di pericoli, tra cui anche l'estinzione, cui non può far fronte da sé stesso. La separazione dalla società quindi, impone all'individuo insopportabili tensioni psicologiche, tensioni che hanno il loro fondamento nel fatto antropologico radicale della socialità. Il pericolo estremo di una simile separazione è, ovviamente, il pericolo della mancanza di significato.

Non esiste più uno spazio sociale intermedio. La crisi della solidarietà sembrerebbe allora derivare dalla decomposizione, meglio: dalla *dislocazione* (128) del tessuto sociale generata in modo meccanico, dallo sviluppo del Welfare State. Un Welfare State il cui sviluppo appare una "progressione a freddo", non lubrificata da interventi simbolici di riformulazione del contratto sociale. Non c'è più sufficiente "spazio" tra Stato e individui e questo è un problema, enorme.

Secondo quest'angolazione di ricerca, i limiti del Welfare State vanno colti partendo dalle forme di socievolezza che esso ingenera (o almeno cerca di generare) e non principalmente dal grado di socializzazione della domanda, secondo un'angusta prospettiva economico-politica. La configurazione fondamentale della crisi del Welfare State è dunque non tanto quella della crisi *fiscale*, bensì, come già detto, quella della crisi di *legittimazione* (eudaimonistico-sociale).

Secondo Habermas, una crisi di legittimazione si produce nel momento in cui, *"il sistema legittimatorio non riesce a preservare il necessario livello di lealtà di massa, attuando così gli imperativi di controllo del sistema economico che si è assunto"* (129). La crisi di legittimazione è immediatamente crisi di identità; essa non procede lungo la via di una minaccia dell'integrazione del sistema, ma risulta dal fatto che l'attuazione di compiti statali di pianificazione mette in questione la struttura della sfera pubblica spolitizzata. Questo il problema fondamentale: ipertrofia dell'intervento Welfare State, cui consegue un deficit di legittimazione dei suoi apparati, del suo intervento. Tale deficit *"si produce nel momento in cui si cerca con mezzi unicamente amministrativi di conservare o creare in misura sufficiente strutture normative efficaci ai fini della legittimazione"* (130). È quello che è avvenuto nel corso dello sviluppo del sistema capitalistico, e che accade in costanza di Welfare State: il sistema politico ha spostato e continua a spostare le sue frontiere, facendole avanzare non solo nel sistema economico, ma anche in quello socio-culturale.

Con il diffondersi della razionalità della organizzazione del Welfare State, le tradizioni culturali (che non sono rigenerabili in termini amministrativi) vengono rese instabili e svuotate, tradizioni che mantengono forza legittimatoria solo finché non vengono distaccate da sistemi interpretativi che ne assicurano la continuità e ne garantiscono l'identità, distacco normalmente operato dalla pervadenza amministrativa del Welfare State:

"l'aggressione di forme della razionalità economica e amministrativa contro ambiti di vita che obbediscono all'ostinata peculiarità della razionalità morale, estetico-pratica, conduce ad una sorta di colonizzazione del mondo vitale. Intendo l'impoverimento delle possibilità espressive e comunicative, che rimangono necessarie anche in società complesse affinché gli individui posano imparare a trovare sé stessi, a venire a capo dei propri conflitti, a risolvere in comune problemi comuni, cioè tramite una formazione collettiva della volontà" (131).

In sintesi, e per concludere questa parte dello studio, la tensione infinita al potenziamento del Welfare State, che in questo contesto si configura come penetrazione della società civile e colonizzazione della *Lebenswelt*, "eredità" dell'arte razionale di governo, viene meno, s'incrina con la sterilizzazione dei mondi vitali, perché viene meno il bacino dal quale attingere la propria forza: viene meno il *sociale* come, al contempo, risorsa necessaria e campo d'azione preferenziale dell'azione governamentale welfarista.

Manca un'ultima tessera al complesso mosaico finora composto, un ultimo elemento: il fenomeno delle

nuove (forse) declinazioni dell'insicurezza sociale.

Il Welfare State, ricordo, è stato pensato come *frame* istituzionale preposto a garantire la *libertà dalla paura*: la paura della disoccupazione di massa negli anni Trenta, o la depressiva incertezza sul presente e sul futuro per uomini e donne altrimenti consegnati al *darwinismo sociale* del mercato (132). Il Welfare State istituzionalizzava il conflitto di classe, stabilendo norme e codici di comportamento prescrittivi per tutti. Lo scambio tra sicurezza - i diritti sociali di cittadinanza- e rispetto delle regole democratiche, poteva anche essere considerato foriero di esistenze e biografie prevedibili, ma era sicuramente propedeutico alla definizione di un equilibrio dinamico e pacifico, cioè abbastanza aperto all'innovazione nei rapporti di forza nella società. Il Welfare State era, in sintesi, pensabile come espressione e rappresentazione politica-istituzionale di una "costituzione materiale" che considerava il capitalismo una formazione economica e istituzionale da mettere sotto controllo perché *distruittiva del legame sociale* (133), in ciò la sua ragion d'essere.

Questa concezione del Welfare State nell'ultimo quarto di secolo, in costanza di quel processo di delegittimazione eudaimonistico-sociale, va incontro ad una progressiva trasformazione: si assiste al passaggio (per certi versi drammatico) dallo Stato sociale allo *Stato di sicurezza nazionale*, nel quale la precarietà - nei rapporti di lavoro, ma anche delle prospettive sul futuro - diventa il *background* per una limitazione delle libertà individuali e per un aumento dei poteri di polizia. Come osserva sarcasticamente Zygmunt Bauman, oggi l'insicurezza, concettualizzata quasi esclusivamente come *safety*, si cura non rimuovendone le cause, ma "*con dosi progressive di incertezza*", perché gli uomini e donne sono oramai *vite di scarto* che attendono il loro turno per essere scaricate in qualche discarica sociale, che si tratti di un quartiere *off-limits* o di un Centro di permanenza temporanea dislocato ai margini della città. Lo Stato del welfare, è ormai delegittimato e l'ultimo disperato tentativo di auto-legittimazione dell'entità statale è la famigerata offerta della *garanzia di sicurezza* (declinata in termini di *disafety*).

Oggi, in maniera manifesta, il potere politico cerca una pur debole legittimazione attraverso la tematica della sicurezza. L'immigrazione, gli esuli, gli scarti umani rientrano, come *suitable enemies*, nel gioco delle paure tautologiche su cui la discussione mediatica fa leva:

"I governi, spogliati di gran parte delle loro capacità e prerogative sovrane dalle forze di globalizzazione che non sono in grado di contrastare - e meno ancora di controllare - non possono far altro che scegliere con cura i bersagli che sono presumibilmente in grado di contrastare e contro cui possono sparare le loro salve retoriche" (134).

Gli scarti umani della contemporaneità, costituiscono un bersaglio facile su cui scaricare le ansie e i timori di una collettività precaria. Lo Stato, nell'ultimo esausto sforzo di darsi una definizione, raccoglie tali ansie e le arruola tra gli obiettivi primari per riaffermare un'autorità erosa ed indebolita, dequalificando la concezione della sicurezza come *security*, abbandonandosi alle derive pan-penalistiche per autolegittimarsi.

In un contesto in cui si delinea, di contro alla territorialità statale, uno spazio extraterritoriale, una zona che sfugge al controllo delle leggi nazionali, come uno dei principali effetti della globalizzazione e delle sue ripercussioni a livello economico e legale; dove lo spazio economico è egemonizzato da *free riders* che inseguono il capitale nomade, dove non esiste tassazione che regga, dove l'unica legge è la *lex mercatoria*; in questo spazio, le stesse decisioni politiche determinanti, sono prese da una classe politico-economica sovranazionale, mentre sono assenti una comunità politica globale o spazi politici globali. Lo spazio extraterritoriale è una zona di *nessun potere* (almeno apparentemente), dove lo Stato nella sua definizione classica non ha alcun'ingerenza e dove dominano, invece, i poteri forti della globalizzazione. Ciò che rimane di apparente competenza dello Stato-nazione, è proprio la garanzia della sicurezza (*safety*), ottenibile attraverso la trasformazione dello Stato sociale (centrato sulla garanzia della *security*) in *Stato penale* (135), che ha al primo posto tra i suoi obiettivi, la criminalizzazione degli scarti della società e il loro inserimento in una questione di sicurezza. È uno Stato-nazione, quello contemporaneo, preoccupato delle proprie sicurezze, a cui tuttavia sfuggono sia le questioni economiche, perché sono ormai sopranazionali, sia quelle militari, in quanto la stessa guerra, più o meno mascherata dietro interventi democratici, è deregolamentata dagli effetti della globalizzazione. In sintesi, lo Stato ha rinunciato alle sue funzioni sociali ed economiche, ha scelto una politica di sicurezza come fulcro di una strategia mirante a recuperare la legittimazione perduta e l'impronta protettiva agli occhi del cittadino. *La domanda di Stato è oggi domanda di sicurezza fisica-*

safety. La domanda di sicurezza relativizza la domanda di eguaglianza: è questo l'aspetto regressivo della "crisi" (136).

Lo Stato ha acconsentito a progettare e creare nuovi luoghi sicuri per lo smaltimento dei rifiuti umani (*banlieues*, nuovi ghetti, campi per immigrati) diventando, afferma Bauman con un'espressione molto forte, uno "Stato caserma", uno Stato che protegge gli interessi dei grandi gruppi industriali moderni e intensifica la militarizzazione e la repressione sul fronte interno. Il tutto nel tentativo di costruire una *legittimazione securitaria* che rimane, comunque, apparente e labile.

Nelle forme di governo delle società avanzate globalizzate, come si vede, le nozioni e le prassi di *sicurezza* e *insicurezza* sono costitutivamente avvinte (137), qui la sicurezza non è semplicemente designata come assenza di insicurezza. Si configura invece, come *eliminazione* autoritativa e coattiva dell'insicurezza. Allo stesso modo, qui l'insicurezza non è il negativo della sicurezza (138). Piuttosto, è pensata come minaccia della civiltà e del civile convivere, non semplice pericolo sociale contro cui vigilare. Trionfano, allora, i paradigmi del *sorvegliare e punire*, gli schemi hobbesiani della sicurezza, riscritti utilizzando codici e saperi discriminanti. Nasce in questi interstizi l'esigenza inappagabile dell'ampliamento progressivo dell'esclusione dall'*agorà* (139), l'ossessione della sicurezza genera la *democrazia dell'insicurezza* (140). Ma che ne è, a questo punto, del Welfare State? Quale *sicurezza sociale* le politiche di welfare possono garantire nell'epoca dell'insicurezza dispiegata? Quale lotta all'insicurezza, a questo stadio, il Welfare può mai assicurare? Ma sovviene anche un altro drammatico dubbio: non sono forse, già scritte nel codice genetico del Welfare le premesse di quest'esito catastrofico?

Nel passaggio al Welfare State, ricordo, proprio la *lotta all'insicurezza* diveniva la base del patto associativo. La lotta all'insicurezza era, insieme, obiettivo immediato e motivo teleologico dell'esserci e del fare del Welfare. Il benessere della società finiva col dipendere dalle spese per la sicurezza sociale, lo Stato sociale era l'incarnazione perfetta dello Stato della sicurezza sociale. Ciò che restava (e resta) fuori dalle sue sfere e dalle sue orbite acquisiva immediatamente lo *status* giuridico-politico di *insicuro*. Il *rischio di insicurezza* è, quindi, il rovescio catastrofico del Welfare State delegittimato, in esso stesso giace quel potenziale degenerativo che si dispiegherà quando nella società globalizzata la nozione di sicurezza verrà declinata come *safety*, la *sicurezza sociale* si prolungherà in *sicurezza dal crimine* (141), e lo Stato sociale diventerà conseguentemente Stato penale.

Questa è la *nuova sicurezza*, questi sono i nuovi apparati preposti alla sua "produzione", edificati sulle ceneri del Welfare State delegittimato, che, in un certo senso, ne surrogano struttura e funzione.

4.3 Fattore di crisi: Polizei/Rischio

Credo la connessione tra *Polizei* e la categoria sociale del rischio risieda nel fatto che l'operazione di *inglobamento sociale totale* della *Polizei*, come stadio della governamentalizzazione biopolitica, per la realizzazione del benessere collettivo, sia resa possibile, e tocchi la sua *akmè* istituzionale nella società moderna, grazie alla *tecnologia assicurativa dei rischi*, quella stessa tecnologia che funge da supporto imprescindibile per il funzionamento del Welfare State, in specie della sua dimensione biopolitica.

Per *Polizei*, chiaramente, non s'intende una specifica tecnica interna all'apparato dello Stato, ma la modalità produttiva che assume il suo governo in tutti i settori dell'esperienza individuale e collettiva: dalla giustizia alla finanza al lavoro, alla sanità, al piacere. Von Justi, nei suoi *Elementi di polizia* si spinge anche oltre: se l'oggetto della polizia è definito come la vita in società di individui viventi, il suo intendimento è quello di creare un circolo virtuoso tra sviluppo vitale degli individui e potenziamento della forza-Stato.

Nella lettura foucaultiana la polizia appare contraddistinta da tre elementi originari: l'operatività dell'amministrazione di polizia di concerto con giustizia e gli eserciti; il carattere di inglobamento totale della polizia, dal particolare punto di vista della relazione tra uomini e cose; la qualificazione dell'intervento di polizia come totalitario. Nell'interpretazione di Oestreich (142) polizia significa governo (*Regiment*) che deve produrre una comunità cittadina o territoriale bene ordinata. Lo scopo è di mantenere nella prosperità un buon ente in cui i sudditi crescano in beni ed averi e in cui possa essere evitato tutto ciò che è d'ostacolo all'utile comune. Storicamente sono i nuovi problemi originatisi dal contatto più stretto tra gli uomini, le maggiori possibilità di attrito e non da ultimo le disastrose ondate di

epidemie cittadine produssero l'esigenza dell'attività di polizia avvolgente. Si trattava di ridefinire attraverso nuovi ordini e prescrizioni le forme della socializzazione, l'igiene e il comportamento etico-sociale ma anche quello economico.

L'uomo doveva essere preparato per la nuova società di scambio intensivo con i suoi compiti e le sue pretese. Dal mutamento quantitativo derivò la trasformazione delle categorie sociali. Il concetto di polizia copri l'esigenza di comando e divieto dell'autorità.

La polizia e la scienza di polizia (*Polizeiwissenschaft*) ha come obiettivo il benessere della popolazione e attraverso questo la potenza dello Stato. La *Polizeiwissenschaft* consiste nell'analisi e nella teoria di tutto ciò che tende ad affermare ed aumentare la potenza dello Stato a fare buon uso delle sue forze e procurare la felicità dei suoi sudditi. A questo sapere lo Stato affidava le sue possibilità di determinare e migliorare la sua posizione nel gioco delle rivalità e delle concorrenze tra gli Stati europei a garantire l'ordine interno con il benessere degli individui. L'interesse di uno Stato di polizia riguarda ciò che fanno gli uomini la loro attività, la loro occupazione. L'obiettivo della polizia è il controllo e la presa in carico dell'attività degli uomini in quanto tale attività può costituire un differenziale nello sviluppo delle forze di uno Stato. La polizia è, infatti, l'insieme delle tecniche degli interventi e dei mezzi che assicurano che il vivere, il coesistere il comunicare saranno realmente convertibili in forze statali. Con la *Polizei* il processo di riconversione affermativa dell'antico diritto sovrano di morte tocca il suo apice. Se il significato di *Politik* restava quello, negativo, di difesa da nemici interni ed esterni, la semantica della *Polizei* è eminentemente positiva. Essa è ordinata a favorire la vita in tutto il suo spessore, lungo tutta la sua estensione, attraverso tutte le sue articolazioni: "*è la vita l'oggetto della polizia: l'indispensabile, l'utile, il superfluo. Che la gente sopravviva, viva e faccia anche di meglio, questo è ciò che deve garantire la politica*" (143).

Perché quella particolare modalità produttiva di governo, la *Polizei* appunto, dovrebbe essere legata al Welfare State, come sostenuto apoditticamente in principio di paragrafo? E la categoria del *rischio*, poi, assunta nelle sue trasformazioni strutturali come fattore critico della biopolitica welfarista, come s'inserisce in tale discorso?

Il punto di connessione sinaptica tra *Polizei*, Welfare State e fattore critico del *rischio*, ritengo consista nel *paradigma assicurativo*. Prima di giustificare tale posizione, e analizzare tale paradigma, urge impiegare qualche riga per capire, preliminarmente, cosa intendo quando parlo di *rischio*, in questo contesto. Nelle scienze sociali il concetto di rischio viene declinato secondo prospettive teoriche molto diverse (144). Dalla classica distinzione tra rischio e incertezza di Knight (145) (rischio riferito ad indeterminatezza calcolabile al contrario dell'incertezza) alla distinzione di Luhmann (146) tra rischio e pericolo, senza trascurare la *Risikogesellschaft* di Beck nella quale si opera l'ormai classica differenziazione concettuale tra rischi premoderni e moderni (frutto della modernizzazione e caratterizzati da una dimensione di globalità).

Mi interessa sottolineare come la nozione di rischio riveli chiaramente i suoi legami con la società moderna, e rimarchi significative differenze con il mondo premoderno: il rischio prende il posto del fato o della divinazione per evitare l'ira degli dei, successivamente arriva inglobare il concetto di pericolo, sublimandolo. La sublimazione del pericolo nel rischio, ha implicato rilevanti conseguenze sociali: pensare il pericolo in termini probabilistici del rischio significava accettare l'impossibilità che esso potesse essere neutralizzato integralmente e per sempre. Tale categoria ha a che fare con qualcosa che riguarda l'incertezza rispetto al futuro, prima assumendo un riferimento prettamente spaziale (navigazione nelle acque ignote), successivamente assumerà anche un riferimento temporale, il cui oggetto saranno gli investimenti economici (147). Al concetto di rischio si affianca la nozione di *assicurazione* che nasce anch'essa in relazione alle spedizioni marittime: l'assicurazione è la base di sicurezza dalla quale il destino viene spodestato a favore di un impegno attivo verso il futuro (148). Tuttavia all'inizio l'assicurazione è il risultato delle valutazioni basate sull'esperienza dei viaggi precedenti *il contratto sulla fortuna*. Solo in seguito il calcolo matematico e statistico serviranno a quantificare l'eventuale risarcimento. L'assicurazione è una *tecnologia del rischio* (149) una forma di razionalità basata sul calcolo delle probabilità. Nel mondo contemporaneo invece l'assicurazione "produce rischi" attraverso la definizione di alcuni eventi come rischi, che pertanto si trasformano da "ostacoli" in "possibilità". In questo senso qualsiasi evento potrebbe diventare un rischio purché il tipo di minaccia sia compatibile con la tecnologia assicurativa, ovvero sia un rischio calcolabile, collettivo e capitalizzabile, ovvero sia quantificabile in danaro. Più in generale la nozione di rischio sembra aver costituito un vero e proprio caposaldo dei vari regimi governamentali che si sono formati attraverso la

definizione della pericolosità e della difesa sociale o nell'ambito dei problemi della salute come pure nel campo più vasto dell'imprevedibilità dell'esistenza individuale e collettiva. Su quest'ultimo terreno, alla fine del XIX secolo, viene prefigurata di fatto la razionalità governamentale del Welfare State (150). In questo contesto più che come un dato oggettivo il rischio è assunto come uno strumento tecnico-politico che consente di pensare in modo nuovo la realtà, rendendola governabile attraverso il calcolo probabilistico degli eventi, mediante la definizione di tecniche assicurative per ridurre le conseguenze sociali. Ne risulta ridefinito il rapporto degli individui con la sfera economico-finanziaria attraverso il risparmio, la loro attitudine morale verso il futuro, attraverso la previdenza e l'idea di responsabilità individuale mediante la redistribuzione collettiva degli oneri imprevisti. Robert Castel (151) osserva altresì, come tali nuove strategie di assicurazione sociale, operino nel senso della *dissoluzione del soggetto* concreto e individuale, surrogato da una combinazione di fattori: i *fattori di rischio attuariale*. (152)

L'introduzione del principio assicurativo nella gestione dei problemi sociali s'impone progressivamente. Passando dal concetto soggettivo di comportamento e di responsabilità individuale alla nozione oggettiva di rischio il principio assicurativo invitava a considerare la questione sociale in modo diverso, consentendo di superare le aporie nell'applicazione dei diritti sociali. L'approccio in termini di rischio rinvia, in effetti, innanzitutto ad una dimensione probabilistica e statistica del sociale che permette di relegare in secondo piano il giudizio sugli individui (153). Questo comporta naturalmente una nuova concettualizzazione della *giustizia*: puramente contrattuale, *regime d'indennizzazione*.

Ne momento in cui l'assicurazione verrà resa universale per obbligo, inizierà a svolgere il ruolo di trasformatore morale e sociale, funzionando come una mano invisibile che produce sicurezza e solidarietà senza intervento della volontà individuale, generando altresì una forte interdipendenza tra uomini.

Il presupposto della tecnologia assicurativa (la categoria di rischio nella sua formulazione originaria) va incontro però a trasformazioni macro che ne mutano profondamente la struttura: il rischio, quell'idea di rischio su cui si fondava il paradigma assicurativo, è "in crisi". Questo il problema centrale. Prima di tutto rileva in proposito, la configurazione del rischio moderno come rischio *globale*, risultato di una natura pienamente socializzata (dell'ambiente creato dall'intervento umano) la cui quantità e intensità mette in evidenza i limiti del sapere esperto e del calcolo statistico in specie.

I nuovi scenari di rischio della tarda modernità, dissolventi il soggetto e globali, sembrano ormai proiettati in una dimensione di radicale incalcolabilità. Il calcolo statistico risulta ormai inadeguato a cogliere la dimensione pervasiva del rischio e i nuovi e molteplici statuti della conoscenza. *Pervasività* dunque, secondo carattere critico del rischio tardo-moderno. Su tale nuovo carattere del rischio si potrebbe a lungo discutere. Beck ad esempio, argomenta persuasivamente la perfetta sovrapposibilità tra *rischi globali* e *percezione di rischi* (154), fenomeno che moltiplica la pervasività (forse solo apparente) del rischio stesso:

"Non è mai chiaro se sono i rischi ad essersi acuitizzati, o se è il nostro sguardo su di essi ad essersi fatto più attento. I due aspetti convergono, si condizionano e si rafforzano a vicenda; e poiché i rischi sono rischi nel sapere, la percezione dei rischi e i rischi stessi coincidono, sono un'unica e medesima cosa" (155).

Sempre secondo Beck, i rischi prodotti nella e dalla tarda-modernità, comportano conseguenze irreversibili, rimanendo per di più spesso indecifrabili, realizzando l'effetto paradossale di una proliferazione *ad libitum* di interpretazioni esperte, o sedicenti tali, dei rischi globali.

La tarda-modernità vede poi, il modificarsi profondo sia della distribuzione oggettiva dei rischi (sempre meno oggettivi) sia il modo di esperirli soggettivamente. Aumenta il numero di eventi contingenti che coinvolgono un numero sempre maggiore di individui, si diffondono ambienti istituzionalizzati caratterizzati nel loro funzionamento da presenza elevata di rischi, emergono lacune del sapere esperto nella previsione degli stessi rischi. Quello a cui si assiste è, in sintesi, la transizione dagli *external risks* ai *manufactured risks* (156). Gli *external risks* erano i rischi calcolabili con margini di errore bassi, contrastabili attraverso degli strumenti assicurativi, con il Welfare State: disoccupazione, invalidità, malattia ecc. La categoria dei *manufactured risks*, contempla invece i rischi tipici della tarda-modernità. Essi sono molto più difficilmente prevedibili e misurabili e per questo è possibile solo disegnare scenari previsionali impostati per gradi di plausibilità. Innescati dai recenti sviluppi tecnologici e scientifici, i *manufactured risks* si riferiscono a sfere della vita umana, sia psicologica che sociale, nonché a

catastrofi naturali, ecologiche, la cui sussunzione nei *clusters* statistici dell'assicurazione *stile Welfare State*, è davvero poco fattibile.

Riportando queste considerazioni nell'alveo stretto dell'analisi del Welfare State, risulterà chiaro come la stessa forza dell'idea originaria di sicurezza sociale, che derivava dal suo essere una formula sintetica dalla considerazione di una vasta gamma di problemi sociali ricondotti alla categoria di rischio (157), vada inevitabilmente incontro a mutamenti qualitativi intensi, meglio: a *processi critici destrutturanti*. E tutto questo perché la categoria unificatrice del rischio, nel suo significato tradizionale, è divenuta meno cogente, meno performante, semplicemente *tardo-moderna*. Le distinzioni tra malati invalidi da una parte e lavoratori sani dall'altra, presupponevano che gli individui corressero rischi della stessa natura (158). Il principio implicito di giustizia e solidarietà soggiacente il Welfare State, si fondava sull'idea che i rischi fossero al tempo stesso egualmente ripartiti e di natura ampiamente aleatoria (159). Oggi le cose non stanno più così. Il sociale non può più essere concepito unicamente in termini di rischio. Esclusione e disoccupazione di lunga durata non sono più configurabili come "incidenti sociali" sono invece realtà permanenti e spesso irreversibili. Tutta una parte della popolazione tende ad uscire dal campo assicurativo. In materia sociale, oggi il concetto chiave è assai più quello della *precarietà-vulnerabilità*, che quello del rischio, scoprendosi in questo modo un'allarmante obsolescenza tecnologica dei dispositivi di gestione welfarista del sociale.

Altro ostacolo rispetto la sopravvivenza del Welfare State, così come siamo abituati ad intenderlo, è il carattere *collettivo* dei rischi della società tecnologicamente avanzata. Le catastrofi che colpiscono intere popolazioni richiedono meccanismi diversi di assunzione della responsabilità, non più centrati sulla socializzazione ma, paradossalmente, sulla individualizzazione e personalizzazione (si pensi allo sviluppo della medicina predittiva genetica, che lega a determinismi biologici individuali le traiettorie di vita, mettendo altresì in discussione approcci statistici al sociale). Il concetto classico di rischio sociale dunque, su cui si fondava il Welfare State, tende a perdere così il suo carattere unificatore, si disgrega. Apprendo contestualmente, anche agli occhi dei più tradizionali (e conservatori) studiosi di quel regime socio-politico, l'interrogativo circa la possibile trasformazione del Welfare State, in un'istanza di gestione "onnivora" e di controllo dei comportamenti (si pensi a programmi assistenziali *made in USA* come il *workfare* il *learnfare* e il *welfare*). Peccato per tali studiosi, che tale tendenza totalizzante, sia stata intuita proprio nel momento in cui iniziava a sfaldarsi, impietosamente. Si assiste, infatti, al dispiegarsi di un processo di *fragilizzazione* dell'edificio sociale espresso dai mutamenti proprio del fattore rischio, processo agevolato, tra l'altro, dall'evoluzione della percezione sociale dell'insicurezza (160). Emergono nuove forme d'insicurezza sociale: delinquenza urbana, disgregazione nuclei familiari, ecc., che richiedono a gran voce (la voce stridula degli *opinion makers* da salotto e dei comitati di quartiere) l'intervento *muscolare*, pregnante simbolicamente inefficace pragmaticamente, dello Stato-Leviatano, che in un impeto di forza, per ricordare a sé stesso che c'è, che ancora esiste, punisce i socioeconomicamente deprivati, i *disaffiliati* (161), la marginalità.

Ovviamente sulla dissoluzione del paradigma assicurativo, come *trait-d'union* tra *Polizei* e Welfare State, incidono ulteriori fattori di decomposizione istituzionale, endogeni ed esogeni, diversi dalla crisi del rischio tradizionale, variabili che vanno dalla rivoluzione demografica alle distorsioni retributive del Welfare State, passando per le trasformazioni che investono profili strutturali e funzionali delle organizzazioni sindacali. Per motivi di spazio e di tempo, non mi soffermo sull'analisi di tali variabili, pur riconoscendone la centralità, limitandomi a rinviare alla corposa e ormai risalente letteratura storico-sociologica che a lungo si è esercitata sul tema (162).

Tali fattori conducono in sintesi, alla *fluidificazione* tra sfera statale e sociale e alla *pluralizzazione* di regimi governamentali, che relativizzano la centralità stessa dello Stato come agenzia di governo. Si sviluppano, in questo contesto, forme di auto-governamentalizzazione che maturano attraverso l'enfaticizzazione dell'autonomia e la sollecitazione degli individui e dei gruppi all'auto-responsabilizzazione nella gestione dei rischi e dei problemi sociali (163), questo mi sembra essere lo scenario inedito e ancora tutto da decifrare che si profila ambiguamente, all'indomani dell'eclissi del bio-norm del Welfare State.

5. Conclusione provvisoria sui processi critici del bio-norm del Welfare State e scenari attualmente emergenti

Popolazione, legittimazione e rischio. Tre fattori di crisi del Welfare State, tre variabili determinanti una trasformazione qualitativamente intensa, si potrebbe dire con Bergson, una *differenza di natura*, nell'esercizio effettivo della funzione bio-norm. Di questa variazione ho provato a definire il profilo, le implicazioni socio-politiche, analizzarne le conseguenze.

L'analisi fin qui condotta, ha mostrato come la complessa trama di dispositivi denominati bio-norm del Welfare State, abbia funzionato (fino all'emergenza storica dei fattori critici) non tanto come sistema di *valvole di decompressione di tensioni e conflitti sociali più o meno latenti* (164), bensì come concreta applicazione della strategia di gestione positiva/preventiva di conflitti sociali, potenzialmente deflagranti, attraverso la costruzione ed orientamento dei bisogni della collettività, la soggettivizzazione collettiva, "integrando" la collettività tramite il doppio registro della individuazione e della massificazione (il *software* pastorale), attraverso il potenziamento dell'apparato statale nella sua "laica" materialità, tramite l'inglobamento poliziesco del "sociale".

Si trattava di dispositivi che chiaramente si risolvevano nel riconoscimento della fine del ruolo fondativo del *soggetto trascendentale* nei processi conoscitivi e del soggetto decisore responsabile nei processi normativi (165), dispositivi la cui analisi lacerava "il velo" giuridico-discorsivo "calato" dalla sovranità classica sui rapporti effettivi di potere e dominazione, sovranità intesa come modalità teleologica di organizzazione e funzionamento del potere, idonea a garantire la fittizia aggregazione stipulativa della hobbesiana *moltitudine* in corpo sociale organizzato. In sintesi, un paradigma "laico", o meglio, *ateo* (166) quello foucaultiano-biopolitico, di "funzionamento" e integrazione *lato sensu* sociale.

Il Welfare State biopolitico, di cui ho genealogicamente tracciato il profilo, rappresentava un'espressione fenomenologica nitida, di come l'esercizio del potere potesse funzionare in assenza di una vocazione interdittivo-repressiva, al contrario: seducendo, orientando, plasmando la *moltitudine*. Non senza conati di resistenza di quest'ultima, più o meno efficaci, produttivi di quella dimensione *relazionale* del potere bio-norm, precedentemente discussa. Non era dunque la *possa* del Levitano, sostanziata in un ordine normativo trascendente la contingenza terrena dei *subjecti*, ma, limitatamente al fenomeno in trattazione, processi di *assoggettamento bio-norm*, che preformavano e normalizzavano le esigenze sociali, nella loro quantità e qualità, prevenendo l'esplosione di conflitti per le risorse "da" Welfare State.

Questo poco maestoso ma terribilmente performante meccanismo, ad un certo punto inizia a *dis*-funzionare. Cosa accade? Proprio perché non riposava su supporti trascendentali, proprio perché non era una proiezione di un volere divino, di un ordine naturale, di una volontà decisionistica, al mutare delle condizioni macrosociali, economiche e culturali che, queste sì, ne rappresentavano la piattaforma, l'edificio del Welfare State biopolitico inizia ad incrinarsi, vacilla, progressivamente si disgrega.

Ho provato ad isolare i fattori critici tra di essi collegati strettamente, la cui inter-azione muta la natura del bio-norm del Welfare State. Mi sono servito di un "ambientamento" foucaultiano e sono pervenuto all'identificazione delle trasformazioni qualitative che investono la *popolazione*, dei processi di delegittimazione eudaimonistico-sociale del Welfare State, del superamento della tradizionale tecnologia del *rischio*, come determinanti della "fine" della biopolitica del Welfare State.

A questo punto, mi sembra di poter dire che ciò che è davvero terminato, superato irrecuperabilmente in forza di quelle macro-trasformazioni critiche, nella biopolitica "tradizionale" del Welfare State, sia la sua *componente disciplinare*, con tutte le conseguenze "strutturali e "funzionali" che questo comporta. Se è vero che biopolitica e discipline si articolano performativamente le une sulle altre, in assenza di discontinuità, il dato che voglio sottolineare è l'esaurimento di quelle tecniche di controllo disciplinare inverte in dispositivi e istituzioni, operative preliminarmente all'assoggettamento/soggettivazione biopolitico (comunque meno cogente di quanto sostenuto da Foucault), a livello sociale e individuale. Non è il superamento del paradigma disciplinare, transizione ormai più che compiuta, ma ripeto, dell'*elemento disciplinare della biopolitica*.

Provo, a suffragio di queste ultime affermazioni, ad indicare alcune espressioni di biopolitica non-tradizionale o post-disciplinare.

È possibile rilevare ad esempio, elementi di una *nuova* biopolitica nelle forme e nell'utilizzo dei *database* elettronici, che permettono di coordinare attività sociali attraverso un aumento di conoscenza e di cooperazione "dal basso", con l'effetto immediato di una responsabilizzazione (e obbligazione) del soggetto, "*promuovendo una forma governamentale di potere*" (167), che irreggimenta le "forme" cognitive, linguistiche e comunicative dei singoli.

Si pensi poi, all'uso di categorie etniche e biologiche che inducono prima alla dequalificazione di gruppi umani, e poi alla legittimazione circa l'uso della violenza nei loro confronti, fino ai casi estremi del genocidio e della pulizia etnica. Si consideri la ri-emersione ostinata della categoria di *razza*, ed alla sua funzionalizzazione immediatamente politica e discriminante, consentendo di ascrivere un individuo ad un determinato gruppo sociale facendolo diventare membro di una comunità (spesso fittizia) in forza di un criterio biologico immodificabile (168), codificando prescrizioni, imponendo obblighi, orientando condotte.

Da un'altra angolazione, il processo di de-civilizzazione (169) "*razziale*", rileva anche a livello di problema di gestione delle minoranze o dei flussi migratori: i processi di astrazione politico-giuridica volti all'egualitarizzazione dei cittadini si scontrano (e soccombono) con le differenze etniche e razziali irriducibili (costruite biopoliticamente), produttive a loro volta di quelle pratiche di filtro, selettive e discriminatorie, che non attestano tanto il superamento integrale del paradigma biopolitico *tout court*, quanto della variazione qualitativamente intensa, *di natura* del medesimo paradigma, conseguenza di un adattamento alla variazione della struttura sociale, culturale, tecnologica e dunque produttiva di nuovi (e ancora poco decifrabili) modelli di integrazione sociale.

Ulteriore esempio: la neo-biopolitica del lavoro (170). La progressiva sostituzione del motore umano con macchine informatiche crea nuove forme di integrazione che mette sotto controllo non solo il processo di lavoro ma anche, in certa parte, il comportamento degli operatori. In un sistema che si basa su flessibilità, responsabilità individuale e facoltà cognitive, che ha superato (o sta superando) la rigidità e le gerarchie della fabbrica "disciplinare" fordista, l'esito di quel processo non sembra essere la formazione di un'autorità centralizzata e accentrata, da una parte, e del corpo docile dall'altra, bensì un sistema produttivo aperto, basato sulla collaborazione, sulla rete e su soggettività adattabili ad ogni contesto.

L'importanza del *lavoro vivo*, altamente comunicativo perché fondato su capacità linguistiche, la dimensione, sempre più rilevante nella creazione del valore, della *cooperazione* tra cervelli al di là delle separazioni tra azienda e territorio, tra sfera privata e pubblica, tra individuo e organizzazione, rappresentano i termini essenziali della *neobiopolitica* del lavoro contemporaneo. In specie, l'accento credo vada posto su come le risorse comunicative e relazionali, risorse "sociali" produttive di "comunità" *par excellence*, tenute fuori dai processi produttivi disciplinari/fordisti, divengono, nel nuovo contesto biopolitico, il nuovo mezzo per produrre *ricchezza*. È il *lavoro dei sentimenti messi a lavoro* (171) che porta a "*sfumare fino a completa evanescenza il confine tra lavoro e non lavoro*" (172), cosicché il modo di vivere della persona diventi condizione del suo lavoro e del suo reddito.

Proprio perché la biopolitica è relativamente indipendente dalle istituzioni statali (173), essa si può riprodurre in molti altri contesti, in forme inedite, anche al di là dei limiti dello statalismo welfarista e attraverso i meccanismi de-centrati e più "innocenti" della ricerca scientifica, delle sue applicazioni, ecc. È in atto una transizione da una biopolitica politicamente ed istituzionalmente imputabile, ad una biopolitica quasi sempre inavvertita o accettata come ineluttabile, che giace inesplorata in un complesso eterogeneo di questioni: nelle lotte interetniche, nei problemi posti dalle biotecnologie, dalla manipolazione genetica, dalle epidemie imprevedibili, dalle malattie provocate dall'irresponsabilità dei soggetti economici, dalla questione ecologica, dalle violazioni dei diritti del corpo e della vita che si consumano nei nuovi lager per immigrati.

Emerge in sintesi, una struttura biopolitica del potere, direi *tardo-moderna*, dove il problema fondamentale è l'*individualizzazione* del *sociale* nella società del rischio, attraverso l'assunzione di questioni bio- come principi di decifrazione e regolazione sociale: malattie, disgrazie, inadattabilità inducono all'autoesclusione, prima ancora che si determinino conflitti o si attuino pratiche di discriminazione sociale (174) su larga scala, prima ancora delle forme di nuova *selezione naturale* di gruppi sociali attraverso sistemi statalizzati di discriminazione nell'attribuzione dei diritti (come accadeva nel caso del Welfare State biopolitico).

Questa nuova biopolitica, intesa come "*un processo antropologico di portata generale*" che

individualizza il sociale prescindendo dalle forme di protezione collettiva tradizionali, sostituisce l'identità individuale con processi di *identizzazione* (175), di autocostruzione identitaria senza riferimenti stabili, anzi incerti e continuamente rigenerabili.

L'azione biopolitica nel contesto del Welfare State declinante, è poi una biopolitica non più agita da apparati di Stato, non opera tanto nella direzione della prevenzione "positiva" di conflitti sociali, ma, questa la novità conseguente al superamento della componente disciplinare, nel senso della *de-socializzazione* della moltitudine, della singolarizzazione delle responsabilità, per disinnescare il potenziale sovversivo di quella stessa popolazione, le cui trasformazioni qualitative avevano messo in crisi la biopolitica "tradizionale".

Empiricamente, un esempio dell'inveramento della biopolitica tardo-moderna del Welfare State, credo possa essere considerato il trend generalizzato delle amministrazioni politiche locali ad orientare le politiche sociali locali verso la *contrattualizzazione* dei servizi di Welfare (176).

Come scrive Castel:

"l'insieme dei dispositivi della protezione sociale sembra oggi attraversato da una tendenza all'individualizzazione, o alla personalizzazione, dal momento che punta a collegare la concessione di una prestazione alla considerazione della situazione specifica e della condotta personale dei beneficiari. Un modello contrattuale di scambi reciproci fra chi richiede risorse e chi le procura si sostituirebbe così, al limite, allo statuto incondizionato dell'avente diritto" (177).

I contratti, nei servizi sociali, sarebbero finalizzati a riconoscere ed alimentare le capacità dei cittadini stessi di entrare nelle arene decisionali; di partecipare alla definizione del sistema di offerta locale e dei suoi standard di qualità; di *co-produrre il proprio ben-essere* (178).

In altre parole, questi processi vogliono favorire, nell'insieme, una più attiva partecipazione dei cittadini al disegno e all'operatività delle politiche sociali, ed un loro coinvolgimento per il proprio ed altrui benessere. Tuttavia, i processi di localizzazione del Welfare State (crescente importanza che rivestono nelle arene di *policy* una pluralità di attori, pubblici e privati, i contesti e i governi locali) lasciano aperti molti interrogativi rispetto a se, e come, lo statuto d'attore dei cittadini sia costruito e riconosciuto nei contesti e negli assetti della *governance* locale (179).

L'introduzione di contratti nelle politiche sociali definisce nuove e inedite posizioni dei destinatari, legate strettamente al variare del modello di *agency* (la concezione dello statuto sia dell'attore che dell'azione implicato in ogni strumento di azione pubblica) informante l'ipotesi specifica di contrattualizzazione. Astrattamente è possibile individuare quattro matrici *di agency*.

La prima è direttamente collegata a criteri di *giustizia di mercato* (180), e declina l'*agency* come libertà di scelta e di acquisto dei cittadini/consumatori nei quasi-mercati. La seconda è basata su criteri di *giustizia di tipo domestico* (181), imperniata sulla responsabilizzazione. E' la matrice "moralizzante" del welfare e condiziona l'accesso a beni e servizi sociali a contropartite obbligate: il lavoro, o la cura del proprio benessere e di quello dei membri dipendenti della propria famiglia. La terza matrice si fonda su criteri di *giustizia di carattere civico* (182), che enfatizzano la partecipazione alle scelte collettive, vuoi come impegno verso la comunità e dovere morale a prendere parte alla sua costruzione, secondo una prospettiva di tipo neo-comunitario (183), vuoi in una direzione più consonante con le elaborazioni in tema di diritti politici alla partecipazione. (184) Infine, un'ultima matrice è basata su criteri di *ingiustizia "attraverso progetti"* (185) finalizzati ad accrescere l'attività delle persone ed a moltiplicarne i legami.

Se escludiamo l'ultima matrice, ancora *in nuce*, notiamo come la prima determini una posizione dei destinatari assimilabile a quella del soggetto che domanda sul mercato ad un *provider* in posizione asimmetrica rispetto al destinatario, la seconda richiami il bio-norm tradizionale, la terza rappresenti un ibrido tra la prima e la seconda. Il dato che intendo sottolineare, è come soprattutto la prima matrice, dominante ideologicamente ed ampiamente diffusa, informi chiaramente dispositivi contrattuali nell'ambito della implementazione delle politiche sociali locali, realizzanti (mi sembra) quella responsabilizzazione dal basso e individualizzazione del sociale che discutevo astrattamente poc'anzi, con le conseguenze sociali sopra analizzate.

Un'ultima, rilevante conseguenza dell'esaurimento "disciplinare" della biopolitica, mi sembra possa essere considerata l'evasione della domanda di regolazione di conflitti sociali emergenti proprio

dall'effetto individualizzante della nuova biopolitica: la nuova biopolitica non previene conflitti, semmai li crea e non li gestisce, limitandosi (poco efficacemente) a mantenerli entro certi argini.

I conflitti di *seconda generazione* (186), sono questi i nuovi conflitti che esigono regolazione, conflitti che interessano la *grammatica delle forme di vita* (187), che si sviluppano nella de-socializzazione, e nella riproduzione culturale. A questi si aggiungono inveterati problemi di integrazione sociale, conflitti macro una volta gestiti dal bio-norm, oggi, anch'essi, alla disperata, erratica ricerca di soluzione. Vedremo poi, chi raccoglierà questa domanda.

Per concludere, potrei dire che nella transizione baumaniana da una *struttura pesante* (Stato-nazione, classi sociali, fabbrica fordista) ad *una liquida* (188) (individualizzazione, economie di rete), la crisi della biopolitica welfarista corrisponde alla fine della minaccia del *modelling sociale* statalizzato; è invece l'ascesa di quella scomposizione prismatica delle identità che rende l'individuo non meno vulnerabile davanti alle altre forme di potere economico, medico e tecnologico, che s'insidiano subdolamente nel corpo sociale, senza disciplinarlo, semmai depoliticizzando le società umane, "passivizzandone" la *nuda vita* (189), intervenendo su abilità cognitive, abitudini al consumo, attitudini psico-affettive, "dimensioni" umane in passato non qualificate politicamente, cioè non assunte come bersaglio di forme specifiche di potere, oggi invece intensamente investite dall'azione politica, tardo bio-politica.

Negare la persistenza di un residuo forse ineliminabile, di biopolitica nei nuovi paradigmi di potere e integrazione sociale, potrebbe significare privarsi se non di una "*griglia di intelligibilità del presente*" (190), quantomeno di un fattore esplicativo dotato di una certa funzionalità euristica, utile dunque, a facilitare la comprensione del mondo in cui viviamo.

È evidente che le categorie biopolitiche tradizionali, quelle foucaultiane, a causa dei mutamenti "strutturali" delle società tardo-moderne, siano sottoposte ad un'intensa *trazione*, urge allora un'opera di riconcettualizzazione per adeguare il paradigma al mutamento, operazione che è quasi tutta da fare, questo è indubbio.

A me sembra che non sia finita *la* biopolitica ma *una* biopolitica: quella immanente alla struttura del Welfare State, quella disciplinare e statalizzata.

Queste le ragioni che mi inducono a parlare più che di fine della biopolitica, di mutazione qualitativamente intensa, variazione di natura, di un paradigma *hard to die*, queste le ragioni che mi spingono ad indagare le forme di regolazione dei conflitti sociali che sostituiscono (e in un certo senso originano da) i dispositivi biopolitici tradizionali.

Note

1. In epigrafe a Th. W. Adorno, *Minima moralia*, Einaudi, Torino, 1994.
2. R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
3. *Ibidem*.
4. E. Santoro, *Le antinomie della cittadinanza*, in D. Zolo (a cura di), *La Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
5. W. Beveridge (report by), *Social Insurance and Allied Services*, Presented to Parliament by Command of His Majesty, November 1942, London, Majesty's Stationery Office, 1944 (I ed. McMillan, London, 1942).
6. R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, cit.
7. Mi riferisco agli scritti di M. Foucault: *La volontà di sapere*, Feltrinelli, Milano, 1978; "*Bisogna difendere la società*", Feltrinelli, Milano, 1998; *Sicurezza popolazione territorio*, Feltrinelli, Milano, 2004; *La Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano, 2005.
8. F. Ewald, *L'État Providence*, Seuil, Paris, 1986.
9. J. Donzelot, *L'invention du social*, Fayard, Paris, 1984.

10. R. Castel, *Les métamorphoses de la question salariale*, Fayard, Paris, 1996.
11. P. Rosanvallon, *La crise de l'État Providence*, Seuil, Paris, 1981.
12. J. Habermas, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Roma-Bari, 1982.
13. A. Ardigò, *Crisi di governabilità e mondi vitali*, Cappelli, Bologna, 1980.
14. L. M. Friedman, *Il Sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, il Mulino, Bologna, 1978.
15. G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, De Gruyter, Berlin, 1987.
16. A. Garapon, *I custodi dei diritti*, Einaudi, Torino, 1995.
17. Cfr. A. Pandolfi, *Progressismo e Biopolitica*.
18. M. Foucault, *Dits et Ecrits*, III, Gallimard, Paris, 1994.
19. A. Pandolfi, *Progressismo e Biopolitica*, cit.
20. P. Rosanvallon, *La crise de l'État Providence*, cit.
21. A. Pessina, *Introduzione a Bergson*, Laterza, Roma, 1994.
22. C. Messner, *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*, in "Dei Delitti e Delle Pene", VII, 3, pp. 93-111, 2000.
23. R. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, Los Angeles, 1982.
24. M. Pavarini, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, in "Rassegna penitenziaria e criminologia", 1/3, pp. 113-141, 2001.
25. Cfr. per una definizione sintetica di metodo storico genealogico M. Foucault, *Illuminismo e critica*, Donzelli, Roma, 1997.
26. P. Rosanvallon, *La crise de l'État Providence*, cit.
27. Foucault definisce *governamentalità* la nuova tecnologia di potere, declinandola in questi termini: "L'insieme costituito dalle istituzioni, procedure, analisi, riflessioni, calcoli e tattiche che permettono di esercitare questa forma molto specifica sebbene molto complessa di potere, che ha per bersaglio la popolazione, per forma principale di sapere l'economia politica, per strumenti tecnici essenziali i dispositivi di sicurezza".
28. Oggi in M. Foucault, *Sicurezza, popolazione, territorio* cit., e *Nascita della biopolitica*, cit.
29. P. Rosanvallon, *La crise de l'État Providence*, cit.
30. Th. Hobbes, *Il Leviatano*, Laterza, Roma-Bari, 1974.
31. J. Locke, *Secondo trattato sul governo civile*, UTET, Torino, 1960.
32. Th. Hobbes, *Il Leviatano*, cit.
33. O. Mazzoleni, *Del dominio dello Stato - appunti per una teoria critica libertaria del potere statale*.
34. O. Mazzoleni, *Del dominio dello Stato*, cit.
35. Th. Hobbes, *Il Leviatano*, cit.
36. J. Locke, *Secondo trattato sul governo civile*, cit.
37. Th. Hobbes, *Il Leviatano*, cit.
38. M. Senellart, *Nota del curatore*, in M. Foucault, *Nascita della Biopolitica*, op. cit.
39. M. Foucault, *La nascita della biopolitica*, cit.
40. O. Marzocca (a cura di), *Biopolitica e liberalismo*, Feltrinelli, Milano, 2001.
41. M. Bertani, *Postfazione*, in M. Foucault, *L'ordine del discorso*, Einaudi, Torino, 2004.
42. M. Foucault, *Bisogna difendere la società*, cit.
43. M. Hardt, A. Negri, *Impero*, Rizzoli, Milano, 2002.

44. M. Bertani, *Postfazione*, cit.
45. R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, cit.
46. R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, cit.
47. Cfr. G. Esping-Andersen, *Fondamenti sociali delle economie post-industriali*, il Mulino, Bologna, 2000.
48. Cfr. S. Lipset, *Le radici della democrazia*, Bologna, il Mulino, 2003.
49. F. Ewald, *L'État Providence*, cit.
50. *Ibidem*.
51. A. Petrillo, *Immigrazione e strategie dell'insicurezza. Genealogia di una politica. Duelli, razze, paure, rischi, febbri*, di prossima pubblicazione in un volume collettaneo (sotto la direzione di L. D'Alessandro e A. Marino), per i tipi de L'Hammartan Italia.
52. *Ibidem*.
53. P. Rosanvallon, *La crise de l'État Providence* cit.
54. F. Ewald, *L'État Providence*, cit.
55. *Ibidem*.
56. Cfr. M. Foucault, *Il potere psichiatrico*, Feltrinelli, Milano, 2004.
57. Per la distinzione concettuale tra i due termini francesi cfr. F. Ewald, *L'État Providence*, cit.
58. Z. Bauman, *In Search of politics*, Polity Press, Cambridge, 1999.
59. *Ibidem*.
60. Cfr. E. Santoro, *Le antinomie della cittadinanza*, cit.
61. P. Rosanvallon, *La crise de l'État Providence* cit.
62. *Ibidem*.
63. A. Pandolfi, *Progressismo e Biopolitica*, cit.
64. M. Foucault, *La nascita della biopolitica*, cit.
65. *Ibidem*.
66. Cfr. O. Marzocca, *Biopolitica e liberalismo*, cit.
67. Cfr. per il concetto di *opposizione estatica* in Nietzsche, F. Masini, *Prefazione* in F. W. Nietzsche, *Al di là del bene e del male*, Newton & Compton, Roma, 2002.
68. W. Beveridge, *Social Insurance and Allied Services*, cit.
69. P. Rosanvallon, *La crise de l'État Providence*, cit.
70. O. Marzocca, *Biopolitica e liberalismo*, cit.
71. M. Foucault, *Sorvegliare e Punire*, Einaudi, Torino, 2005.
72. M. Foucault, *Dits et Ecrits*, cit.
73. M. Foucault, *Bisogna difendere la società*, cit.
74. cfr. P. Amato (a cura di), *La biopolitica. Il potere sulla vita e la costituzione della soggettività*, Mimesis, Milano, 2004.
75. F. Ewald, D. Kessler, *Tipologia e politica dei rischi*, in "Il Rischio", 22-24, p. 15-39, 2000.
76. A. Pandolfi, *Progressismo e biopolitica*, cit.
77. R. Titmuss, *Saggi sul "Welfare State"*, Edizioni Lavoro, Roma, 1986.
78. M. Foucault, *Archivio III*, Feltrinelli, Milano, 1998.

79. Cfr. R. Castel, *Les métamorphoses de la question salariale* cit.
80. A. Pandolfi, *Progressismo e biopolitica*, cit.
81. *Ibidem*.
82. *Ibidem*.
83. *Ibidem*.
84. F. Ewald, *L'État Providence*, cit.
85. Z. Bauman, *La Società sotto assedio*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
86. M. Foucault, *L'ordine del discorso*, cit.
87. E. Santoro, *Le antinomie della cittadinanza*, cit.
88. M. Foucault, *Bisogna difendere la società*, cit.
89. G. Orwell, *1984*, Einaudi, Torino, 2001.
90. A. Huxley, *Mondo nuovo e ritorno al mondo nuovo*, Mondadori, Milano, 2000.
91. M. Foucault, *Archivio III*, cit.
92. A. Pandolfi, *Progressismo e biopolitica*, cit.
93. cfr. O. De Leonardis, *Un approccio istituzionale ai processi di esclusione sociale*, Relazione non pubblicata, Università di Torino, 20 novembre 2002.
94. R. Esposito, *Bios*, Einaudi, Torino, 2004.
95. M. Foucault, *Omnès et singulatim*, in O. Marzocca, *Biopolitica e liberalismo*, cit.
96. M. Foucault, *Le sujet et le pouvoir*, in *Dits et Ecrits*, IV, cit.
97. M. Foucault, *Omnès et singulatim*, cit.
98. *Ibidem*.
99. M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit.
100. D. Padovan, *Popolazione*, lemma in AA. VV., *Lessico della biopolitica*, manifestolibri, Roma, 2006.
101. D. Padovan, *Popolazione*, cit.
102. E. Santoro, *Dalla cittadinanza inclusiva alla cittadinanza escludente: il ruolo del carcere nel governo delle migrazioni*.
103. *Ibidem*.
104. J. Revel, *Michel Foucault, un'ontologia dell'attualità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003.
105. M. Foucault, *Sicurezza popolazione territorio*, cit.
106. *Ibidem*.
107. E. Santoro, *Dalla cittadinanza inclusiva alla cittadinanza escludente: il ruolo del carcere nel governo delle migrazioni*, cit.
108. *Ibidem*.
109. *Ibidem*.
110. *Ibidem*.
111. P. Rosanvallon, *La nuova questione sociale*, Ed. Lavoro, Roma, 1997.
112. *Ibidem*.
113. *Ibidem*.
114. R. Esposito, *Bios*, cit.
115. *Ibidem*.

116. *Ibidem*.
117. M. Foucault, *Omnès et Singulatim*, cit.
118. J. Habermas, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, cit.
119. A. Ardigò, *Crisi di governabilità e mondi vitali*, cit.
120. J. Habermas, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, cit.
121. A. Ardigò, *Crisi di governabilità e mondi vitali*, cit.
122. M. Weber, *Economia e Società*, Ed. Comunità, Milano, 1961.
123. V. Cesareo, *Consensus e legittimazione nello Stato assistenziale*, in CNPDS (a cura di), *La società industriale metropolitana e i problemi dell'area milanese*, Franco Angeli, Milano, 1981.
124. V. Cesareo, *Stato Assistenziale, legittimazione e rischi degenerativi*, in F. Ferrarotti (a cura di), *La crisi dello stato sociale in Italia*, Dedalo, Bari, 1983.
125. A. Gehlen, *Studien zur Anthropologie und Soziologie*, Neuwied-Berlin, Luchterhand, 1963.
126. P. Rosanvallon, *La nuova questione sociale*, cit.
127. P. Rosanvallon, *La nuova questione sociale*, cit.
128. *Ibidem*.
129. J. Habermas, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, cit.
130. *Ibidem*.
131. J. Habermas, *Introduzione*, in AA. VV., *Stichworte zur Geistigen Situation der Zeit*, 2 voll., Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1980/1979, tr. it *La colonizzazione del quotidiano*, in "Quaderni piacentini", XIX, 74, 1980.
132. Z. Bauman, *Vite di scarto*, Laterza, Roma-Bari 2005.
133. Z. Bauman, *Vite di scarto*, cit.
134. *Ibidem*.
135. L. Wacquant, *Parola d'ordine: Tolleranza Zero*, Feltrinelli, Milano, 2000.
136. Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, Milano, 2000.
137. A. Petrillo, *Immigrazione e strategie dell'insicurezza*, cit.
138. *Ibidem*.
139. *Ibidem*
140. *Ibidem*.
141. A. Petrillo, *Immigrazione e strategie dell'insicurezza*, cit.
142. G. Oestreich, *Filosofia e Stato moderno*, Bibliopolis, Napoli, 1989.
143. M. Foucault, *Omnès et singulatim*, cit.
144. R. Brandimarte, *Rischio*, lemma in *Lessico di biopolitica*, cit.
145. F. Knight, *Rischio, incertezza, profitto*, La Nuova Italia, Firenze, 1960.
146. N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Bruno Mondadori, Milano, 1996.
147. A. Giddens, *Il mondo che cambia*, il Mulino, Bologna, 2000.
148. *Ibidem*.
149. F. Ewald, *Insurance and Risk*, in G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (eds), *The Foucault effect. Studies in Governmentality*, The University of Chicago Press, Chicago, 1991.
150. C. Gordon, *Governmental Rationality: An Introduction*, in B. Burchell, C. Gordon, P. Miller (eds), *The Foucault Effect*, cit.

151. R. Castel, *From Dangerousness to Risk*, in B. Burchell, C. Gordon, P. Miller (eds), *The Foucault Effect*, cit.
152. *Ibidem*.
153. P. Rosanvallon, *La nuova questione sociale*, cit.
154. U. Beck, *La Società del rischio*, Carocci, Roma, 2000.
155. *Ibidem*.
156. A. Giddens, *Risk Society: the context of British Politics*, in J. Franklin (ed.), *The Politics of Risk Society*, Polity Press, Cambridge, 1998; cfr. U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Modernizzazione riflessiva: politica, tradizione ed estetica nell'ordine sociale della modernità*, Trieste, Asterios, 1999.
157. P. Rosanvallon, *La nuova questione sociale*, cit.
158. *Ibidem*.
159. *Ibidem*.
160. P. Rosanvallon, *La nuova questione sociale*, cit.
161. R. Castel, *De l'indigence à l'exclusion, la désaffiliation. Precarisation du travail et vulnérabilité relationnelle*, in J. Donzelot, *Face à l'exclusion*, Edition Esprit, Paris, 1991.
162. Cfr. P. Donati, *Risposte alla crisi dello Stato sociale*, Angeli, Milano, 1984; A. Baldassarre, A. A. Cervati (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1982.
163. A. Barry, T. Osborne, N. Rose (eds), *Foucault and political reason*, UCL Press, London, 1996.
164. E. De Cristofaro, *Sovranità in frammenti*, Ombre Corte, Verona, 2007.
165. *Ibidem*.
166. M. Senellart, *Michel Foucault, governamentalità e ragion di stato*, in S. Chignola (a cura di), *Governare la vita*, Ombre Corte, Verona, 2006.
167. M. Poster, *The Second Media Age*, Polity Press, Cambridge, 1997.
168. A. Heller, S. Puntischer Riekmann (eds), *Biopolitics. The politics of the Body, Race and Nature*, Aldershot, London Thorson, 1996.
169. C. Offe, *Barbarie moderna: un microstato di natura?*, in P. Chiantera-Stutte, L. Cedroni (a cura di), *Questioni di biopolitica*, Ed. Bulzoni, Roma, 2003.
170. A. Rabinbach, *La biopolitica del lavoro*, in P. Chiantera-Stutte, L. Cedroni (a cura di), *Questioni di biopolitica*, cit.
171. A. Bonomi, *Il trionfo della moltitudine*, Bollati Boringhieri, Torino, 1996.
172. B. Perret, G. Roustang, *L'economie contre la société. Affronter la crise de l'intégration sociale e culturale*, Seuil, Paris, 1993.
173. *Ibidem*.
174. P. Chiantera-Stutte, L. Cedroni (a cura di), *Questioni di biopolitica*, cit.
175. A. Melucci, *Il gioco dell'io*, Feltrinelli, Milano, 1991.
176. Cfr. T. Vitale, *Attivazione e contrattualizzazione nel welfare locale: cambia la posizione dei destinatari?*, in "La Rivista delle Politiche Sociali", 1, pp. 291-323, 2005.
177. R. Castel, *L'insicurezza sociale. Cosa significa essere protetti?*, Einaudi, Torino, 2004.
178. T. Vitale, *Attivazione e contrattualizzazione nel welfare locale: cambia la posizione dei destinatari*, cit.
179. *Ibidem*.
180. L. Thévenot, *Les justifications du service public peuvent-elles contenir le marché?*, in A. Lyon-Caen, V. Champeil-Desplats (a cura di), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction*

européenne, Dalloz, Paris, 2001.

181. *Ibidem*.

182. T. Vitale, *Attivazione e contrattualizzazione nel welfare locale: cambia la posizione dei destinatari*, cit.

183. T. Mileva, *Local Participatory Democracy in Britain's Health Service: Innovation or Fragmentation of a Universal Citizenship?*, in "Social Policy & Administration", 2, pp. 240-252, 2004.

184. L. Bifulco, O. de Leonardis, *Sulle tracce dell'azione pubblica*, in L. Bifulco (a cura di), *Le nuove politiche sociali: temi e prospettive emergenti*, Carocci, Roma, 2005.

185. L. Boltanski, E. Chiapello, *Il nuovo spirito del capitalismo*, Feltrinelli, Milano, 2006.

186. A. Ceretti, *Vita offesa: lotta per il riconoscimento e mediazione*, in F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, Milano, 2001.

187. J. Habermas, *Kampf um Anerkennung im Demokratischen*, tr. it. in J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998.

188. Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Polity Press, Cambridge, 2001.

189. G. Agàmben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.

190. O. Marzocca, *Biopolitica e Liberalismo*, cit.

Capitolo 2

Welfare State biopolitico e Legal System: macro-trasformazioni giuridiche

Premessa

Ma i sistemi giuridici naturalmente, non sono affatto statici, sono anzi costantemente in movimento e mutano continuamente. È necessario, per analizzarli, osservare i sistemi giuridici nell'equilibrio di un singolo momento; nella realtà, essi sono incessantemente esposti al conflitto o al mutamento (1). L. M. Friedman

L'analisi svolta nel capitolo precedente mi sembra pervenire ad una duplice provvisoria acquisizione: descrizione delle caratteristiche strutturali minime del Welfare State biopolitico, come razionalità socio-politica analizzata in prospettiva genealogica; focalizzazione ed esame dei processi critici che investono, con effetti destrutturanti, lo stesso Welfare State.

A questo punto, ritengo consequenziale introdurre un ulteriore elemento nella mia analisi: il rapporto del *legal system* con tale razionalità socio-politica e sua evoluzione.

La tesi che sosterrò nelle pagine a seguire, è che con l'ascesa del paradigma biopolitico welfarista, così come con la sua parziale "eclissi", il diritto muti alcune sue prerogative strutturali e funzionali, ne sviluppi "plasticamente" di nuove, evolva intensamente la sua configurazione.

Il problema, evidentemente, è individuare le determinanti elementari di queste trasformazioni, capire la direzione del cambiamento (tuttora in divenire), nonché esaminare le conseguenze sociali di breve e medio periodo dello stesso.

Preliminarmente, osservo che tale progetto di ricerca comporta una serie di difficoltà teoriche. Prima fra tutte, il fatto che i cambiamenti in discussione, siano tuttora *in action*, una realtà magmatica, difficile da isolare concettualmente in uno specifico istante, senza considerare che se anche tale operazione fosse possibile, si correrebbe forse il rischio fissare in schemi interpretativi, fenomeni che, suscettibili di repentini e imprevedibili cambiamenti, non avrebbero più legame alcuno con la mutevole realtà empirica.

Le conseguenze fondamentali che derivano da tale consapevolezza, sono di ordine metodologico. In primo luogo, ritengo che data la specificità dei fenomeni in trattazione, non sia possibile "professare" una monocultura metodologica, bisogna invece attingere a serbatoi concettuali diversi, sfruttare una strumentazione analitica "flessibile" che meglio permette di cogliere il carattere in divenire dell'argomento in discussione, restituendone al meglio la complessità.

In secondo luogo mi prefiggo l'obiettivo di elaborare categorie teoriche generali, più che altro coordinate concettuali, che permettano di inquadrare ad alto livello di astrazione il fenomeno in trattazione. Questo comporterà la delimitazione di alcuni confini, l'elaborazione di alcune distinzioni che probabilmente non trovano un immediato riscontro nella realtà empirica, ma che permettono altresì di illuminare euristicamente alcuni problemi, descriverli, spiegarli.

Trasformazioni del *legal system* e biopolitica del Welfare State, dunque. La mia ipotesi di lavoro prevede l'esistenza di una duplice macro-trasformazione giuridica, storicamente situabile, conseguenza del mutamento macro-sociale di cui sopra (ascesa ed eclissi del Welfare State biopolitico). Schematicamente: il Welfare State biopolitico ha prodotto, a causa del suo stesso funzionamento, una straordinaria quantità di aspettative circa una particolare forma (biopolitica) di gestione della conflittualità sociale; oltre alla moltiplicazione, il funzionamento del Welfare State ha pure concorso, suo

malgrado, alla iper-differenziazione qualitativa di quelle aspettative; l'azione biopolitica welfarista si è servita "strumentalmente" del diritto, come veicolo formale per la presa totalizzante sul sociale, come strumento per la gestione delle aspettative, fatto che ha di per sé intensamente modificato la struttura e la funzione dello stesso *legal system* (prima trasformazione macro-giuridica); i processi critici del Welfare State hanno poi determinato la frustrazione/delusione di quelle (tante e nuove) aspettative generate massivamente dall'azione biopolitica formalizzata giuridicamente; la conseguenza mi sembra possa essere concettualizzata come *trasmigrazione delle stesse aspettative verso il legal system* (in specie verso il giudice), ovvero sia il ri-orientamento della domanda sociale di regolazione della conflittualità in direzione del sistema legale (seconda trasformazione).

In prospettiva storica diacronica, il processo di macro-trasformazione che investe il *legal system*, legato alla parabola Welfare State biopolitico, si sviluppa in due momenti, connessi rispettivamente, a "funzionamento" e "disfunzionamento" del Welfare State, investendo due distinte dimensioni del *legal system*: prima, la dimensione di produzione normativa dando luogo al processo di *giuridificazione sociale*; in un secondo momento (quando il Welfare State declina) il mutamento riguarda gli apparati giurisdizionali, dando luogo al fenomeno della *giudiziarizzazione del sociale*, effetto, quest'ultimo, che si vedrà condizionato da una modificazione qualitativamente intensa della *legal culture* del tempo, come termine di mediazione tra mutamento sociale e mutamento giuridico.

L'effetto ultimo di entrambe le macro-trasformazioni giuridiche, sarà configurabile come *colonizzazione giuridica della Lebenswelt*.

Questo particolare livello dell'indagine distillata nelle pagine che seguono, si colloca nel più ampio tentativo di analisi delle condizioni di emergenza storica del *Restorative justice paradigm*. Uno dei fattori di affermazione di quel modello di interpretazione e regolazione della conflittualità sociale, credo consista proprio nelle trasformazioni che investono il *legal system*, modificandone la struttura e la funzione, in conseguenza dei processi critici del Welfare State biopolitico.

Nelle ultime pagine, infatti, verranno poste le basi per il profilarsi di una "reazione" ai fenomeni complementari della colonizzazione giuridica e della giudiziarizzazione del sociale, reazione che assumerà le forme di un nuovo "paradigma" per la regolazione dei conflitti sociali, con nuovi criteri di razionalità, una nuova logica e una nuova tecnologia, il *Restorative paradigm* appunto.

1. Funzionamento della biopolitica del Welfare State e Legal System: una prima macro-trasformazione

In prima approssimazione, ritengo che il fenomeno della *giuridificazione sociale* possa essere imputato come conseguenza, al fatto che lo strumento giuridico è stato il principale *codice* per la formalizzazione della biopolitica welfarista (2), uno dei veicoli "formali" fondamentali per la presa individualizzante e totalizzante sul corpo sociale. Quello tra biopolitica e diritto, è concettualizzabile come un rapporto di "strumentalità": non è in gioco la distinzione, chiara nel pensiero foucaultiano, tra potere giuridico e potere disciplinare e biopolitico; semplicemente la biopolitica welfarista *utilizza* le forme giuridiche come un supporto, se ne serve come un veicolo, si "riveste" di norme giuridiche (che ora appariranno contenutisticamente e formalmente deformate rispetto al passato) per poter arrivare alla collettività.

Tale utilizzo del diritto (come *medium*) ha determinato trasformazione strutturale e funzionale particolarmente intensa, del *legal system*: la giuridificazione delle sfere sociali, appunto.

Ho già descritto come l'avvento del Welfare State, abbia moltiplicato ed istituzionalizzato le tradizionali forme di intervento dello Stato nelle attività economiche e sociali, così come nella costruzione dell'identità degli attori sociali, nella fabbricazione dei "bisogni sociali", coerentemente al *software* biopolitico.

In questo contesto, come cercherò di dimostrare, il manifestarsi del conflitto sociale non provoca più un intervento "lineare" del sistema giuridico tendente a risolverlo, bensì attiva un movimento a *spirale* (3) secondo il quale il *legal system* non provvede semplicemente a stabilizzare aspettative ed a risolvere conflitti ma, attraverso una moltiplicazione quantitativa e una differenziazione qualitativa della normazione, provoca nuovi conflitti, inducendo (col concorso di altri fattori) nuove aspettative "desiderose" di regolamentazioni giuridiche, che verranno prontamente elaborate, dando luogo ad un

processo ricorsivamente circolare, in cui l'esito ultimo alimenta la premessa, senza fine prevedibile.

In altre parole: la collettività sente possibile, nel contesto di Welfare State, controllare ogni situazione di pericolo o di bisogno. Ne consegue una forte domanda sociale in risposta alla quale lo stato esercita un forte controllo attraverso l'iper-produzione normativa, attraverso il diritto, utilizzato come codice per la formalizzazione dell'intervento biopolitico.

Il problema, ovviamente, non è solo quantitativo (iper-produzione normativa). Il diritto assume una nuova funzione (*promozionale* (4)) va incontro a processi di materializzazione e socializzazione, si lega strutturalmente a politica ed economia, oltre ad aumentare esponenzialmente in quantità, s'ingerisce nella regolazione di aree dell'interazione sociale prima estranee all'azione giuridica, attirando, col concorso di altri fattori, le aspettative di regolazione della conflittualità sociale generate dal funzionamento del Welfare State

Quello che ne consegue, almeno secondo certe analisi, è la *conversione del legame sociale in rapporto giuridico* (5). Il diritto diventa, in quanto "codice" principale della biopolitica welfarista, qualcosa di più che un mezzo per risolvere conflitti; diventa il principio organizzativo attraverso il quale i singoli individui entrano in rapporti reciproci. La società degli uomini sembra manifestarsi come una *società giuridica* (6). Punto di riferimento dell'ordinamento giuridico è l'individuo isolatamente considerato, mentre la società appare solo nella trama dei rapporti che s'istituiscono mediante il diritto: la società cioè, s'identifica con l'istituzione giuridica che contestualmente, in una tensione continua verso un fine sfuggente, pone il divieto e sanziona la vincolatività (il *legame*) dell'accordo delle volontà individuali (7).

1.1 Giuridificazioni possibili: una precomprensione concettuale e storica

La *juridification literature* è vasta e complessa, forse perché il fenomeno intorno alla descrizione del quale si sviluppa (la giuridificazione appunto), è esso stesso ambiguo descrittivamente e normativamente. Sono state elaborate, infatti, nel corso degli anni dai teorici del diritto, svariate formule per sintetizzare il senso del fenomeno giuridificazione: proliferazione del diritto; tendenza verso l'aumento del *formal law* (8); monopolizzazione del "campo" legale attraverso i professionisti legali (9); *costruzione* del potere giudiziale (10); *espansione* del potere giudiziale (11) ecc.

In linea di principio è possibile dire che la maggior parte delle analisi sulla giuridificazione, descrivono questo fenomeno primariamente come un fenomeno quantitativo, di "crescita", si parla specificamente di *flood of norms* oppure di *legal explosion*, espressioni che rimandano ad una dimensione appunto quantitativa.

Tale prospettiva di analisi non mi sembra sia sufficiente a dare conto della complessità teorica e delle molteplici implicazioni empiriche della giuridificazione welfarista. Conviene invece provare a descrivere in maniera più articolata, sia storicamente (sotto) che concettualmente (nel paragrafo successivo), il fenomeno in trattazione.

L'utilità di una contestualizzazione storica della giuridificazione, tra l'altro, è stata autorevolmente argomentata (12) da Jurgen Habermas. Questi ha sostenuto l'esistenza non di una ma di più fasi storiche della giuridificazione, più momenti che vedono il dispiegarsi di quel fenomeno, più *historical thrusts* (13) (ondate storiche) della giuridificazione, coerentemente legati all'emergere storico di diverse razionalità socio-politiche.

I processi storici di giuridificazione nella ricostruzione habermasiana sono quattro. Il primo conduce allo Stato borghese che si è sviluppato nell'Europa occidentale al tempo dell'assolutismo sotto forma di sistema degli Stati europei.

Il secondo conduce allo Stato di diritto che ha assunto forma esemplare nella monarchia tedesca del XIX secolo. Il terzo passaggio conduce allo Stato democratico di diritto, che si è diffuso in Europa e Nord America in seguito alla rivoluzione francese. L'ultimo passaggio conduce infine allo Stato sociale e democratico di diritto, ottenuto con le lotte del movimento operaio europeo nel corso del XX secolo. Lo Stato borghese costituisce l'ordinamento politico all'interno del quale si compie la transizione dalla società cetuale della prima modernità alla società capitalistica. Da un lato, in questo contesto, è giuridificato il rapporto tra proprietari individuali di merci nel senso di un ordinamento di diritto privato che è ritagliato su soggetti giuridici che agiscono strategicamente e stipulano contratti. Questo

ordinamento presenta le caratteristiche della positività, generalità, e formalità ed è stato costituito con le categorie di *Legge* e *Soggetto giuridico*. Esso deve garantire libertà e proprietà del soggetto giuridico, sicurezza del diritto uguaglianza formale dinnanzi alla legge, calcolabilità delle azioni normative. Dall'altro lato il diritto pubblico autorizza come unica fonte di potere legale, un potere statale sovrano che dispone del monopolio della forza. Il sovrano è svincolato dall'ordinamento a singoli contenuti o determinati obiettivi statali ed è definito strumentalmente, ovverosia in riferimento ai mezzi dell'esercizio legale di potere organizzato burocraticamente.

Con questo primo epocale *thrust* della giuridificazione, nell'analisi habermasiana, si gettano le condizioni per la costruzione della "società borghese".

La seconda spinta alla giuridificazione conduce allo Stato di diritto che ha trovato una sua paradigmatica espressione nel costituzionalismo tedesco del XIX secolo.

I cittadini, in quanto privati, ricevono diritti soggettivi pubblici rivendicabili nei confronti di un sovrano, alla formazione della cui volontà essi però non partecipano ancora democraticamente.

Attraverso questa *statalizzazione giuridica* (14), l'ordinamento borghese di diritto privato è a tal punto coordinato con l'apparato di esercizio del potere, che il principio di legalità dell'amministrazione può essere interpretato nel senso di un "*dominio della legge*" (15). Nella sfera di libertà dei cittadini l'amministrazione non deve intervenire né *contra* né *praeter* né *ultra legem*. Le garanzie della vita, della libertà e della proprietà di individui privati non risultano più soltanto come effetti collaterali funzionali ad uno scambio di affari istituzionalizzato dal diritto privato; con l'idea dello Stato di diritto esse acquistano piuttosto il posto di norme costituzionali giustificate moralmente e improntano la struttura dell'ordinamento di potere nel suo complesso.

Per quanto riguarda poi lo Stato democratico di diritto, esso ha dapprima preso forma nella rivoluzione francese, impegnando la teoria dello Stato fino ai giorni nostri. Il potere statale costituzionalizzato è democratizzato, i cittadini sono muniti, in quanto membri dello Stato, di diritti di partecipazione politica. Le leggi entrano in vigore solo quando esprimono un interesse generale e consensuale. Questa rivendicazione deve essere soddisfatta mediante un procedimento che vincola la legislazione alla formazione parlamentare della volontà e al dibattito pubblico. La giuridificazione del processo di legittimazione si afferma sotto la forma del diritto elettorale generale ed uguale, nonché del riconoscimento della libertà di organizzazione per associazioni politiche e partiti.

Lo Stato sociale, infine, dispiegatosi nel quadro dello Stato democratico di diritto, prosegue questa linea della giuridificazione che "garantisce" la libertà (non senza contraddizioni, come si vedrà). Modera il sistema di azione economico come i precedenti *thrusts* di giuridificazione avevano fatto con il sistema di azione amministrativo (16).

È evidente quanto sia quest'ultima, la fase storica di giuridificazione che più interessa, all'interno dell'economia del mio studio. In questo contesto storico il fenomeno della *giuridificazione* può cogliersi come un "*uso qualitativo*" del diritto. La giuridificazione welfarista, si vedrà, consiste principalmente nell'uso del diritto "regolativo" anziché di norme generali ed astratte in situazioni in cui il conseguimento degli obiettivi di carattere sociale deve riguardare bisogni definiti. Con la giuridificazione, il diritto diventa strumento per l'induzione del *mutamento sociale* e di gestione delle politiche pubbliche welfariste, animate dal *software* biopolitico. Tali politiche, finalizzate alla regolazione preventiva dei conflitti, non semplicemente attraverso la re-distribuzione economica di *welfare*, ma, prima ancora, attraverso la preformazione delle aspettative, il *modelling* sociale, mantengono la mediazione cruciale dei diritti, ovverosia si "servono" per l'elaborazione di titoli di accesso formale alle *provisions*, dell'armamentario giuridico tardo liberale (in specie di categorie "elementari" come le posizioni giuridiche soggettive attive e passive, obblighi, facoltà ecc) ovviamente oggetto di una ri-codificazione epocale.

Da tale rappresentazione derivano diverse conseguenze: le *nuove funzioni* del diritto si riflettono sulla *struttura* della norma giuridica, il tipo di legislazione prodotta e la tecnica giuridica utilizzata influenzano la modalità di intervento del giudiziario che si collocherà tra una concezione esecutoria ed una valenza politica delle decisioni (17). Si vedrà poi, come l'accesso al *judicial review* diverrà uno strumento di partecipazione al processo politico nel senso che il *judicial making* consentirà indistintamente agli attori sociali interessati, di prendere parte, anche se in modo alternativo ai canali istituzionali, all'elaborazione delle domande politiche (18).

Da una prospettiva diversa rispetto l'indagine storica, è possibile osservare come all'interno del fenomeno giuridificazione del Welfare State, siano presenti diverse *dimensioni* (19), che vanno a comporre il fenomeno secondo la nozione unitaria e semplificata prima esposta (fenomeno qualitativo, connessione a Welfare State ecc), esse sono: la dimensione *costitutiva*; la dimensione di *espansione e differenziazione* del diritto; il *livello di crescita di conflitti risolvibili legalmente*; il *fattore di crescita del potere giudiziale*; la dimensione del *legal framing*.

Provo, prima di indicare qual è nello specifico la dimensione della giuridificazione rilevante ai fini dell'economia del mio studio, ad esaminare sinteticamente tali dimensioni.

Per quanto riguarda la giuridificazione costitutiva, si tratta della dimensione in forza della quale norme "costitutive" dell'ordine politico sono stabilite o cambiate con l'effetto di aumentare le competenze del *legal system*. Questo processo comporta, in sintesi, la legalizzazione delle istituzioni politiche, ovverosia l'estensione dei criteri di organizzazione e di razionalità giuridica a strutture politiche precedentemente operanti secondo logiche proprie estranee al fenomeno giuridico.

Per quanto riguarda l'espansione/differenziazione del diritto, la giuridificazione può essere intesa come processo attraverso il quale il diritto va a regolare un numero crescente di attività umane. È possibile distinguere tra un'espansione verticale e orizzontale così come tra una differenziazione orizzontale o verticale. Quella dell'espansione è la questione centrale dal punto di vista quantitativo: dove non c'era regolazione giuridica o dove era minima, si assiste ad "un'ondata" di norme.

Per quanto riguarda la differenziazione essa attiene, nel caso orizzontale, alla frammentazione/destrutturazione del diritto, intesa verticalmente invece, alla differenziazione in relazione ad un crescente numero di casi, di riferimenti empirici particolari e concreti.

La terza dimensione concerne la dilatazione del numero di conflitti risolti attraverso o in riferimento al diritto (con effetti più o meno desiderabili socialmente). È possibile astrattamente distinguere in proposito, tra: soluzione giudiziale dei conflitti (modalità altamente specializzata e formalizzata di risoluzione dei conflitti attraverso professionisti legali); soluzione legale (utilizzo del ragionamento legale per dirimere conflitti al di fuori delle aule di tribunali); soluzione "laica" riferita tuttavia al diritto (utilizzo ragionamento non legale per soddisfare aspettativa plasmata dal diritto, circa regolazione conflitto).

La quarta dimensione attiene al processo attraverso il quale il *legal system* e i professionisti legali acquisiscono sempre più potere in contrapposizione alle autorità formali. Alla base del fenomeno una maggiore "indeterminatezza" e mancanza di trasparenza nel diritto. Indeterminatezza come difficoltà di determinare la rilevanza del caso per l'applicazione del diritto. Deficit di trasparenza come minor grado apertura e intelligibilità del diritto da parte della collettività. Indeterminatezza e opacità del diritto aumentano la discrezionalità *ergo* il *judicial power*.

L'ultima dimensione riferisce della giuridificazione come *legal framing*, ovverosia del processo in base al quale la collettività sempre più tende a pensare a sé stessa e ai rapporti tra i soggetti che la compongono come comunità e relazioni legali. È possibile distinguere quattro aspetti della giuridificazione come *legal framing* a seconda che lo status legale considerato è passivo, negativo, positivo, attivo (20). Nel primo caso la giuridificazione interviene quando la soggezione allo Stato e l'accettazione dei doveri legali soppianta fedeltà e lealtà. Nel secondo caso si verifica che gli individui sempre più pensano a sé stessi come aventi diritto di fare tutto ciò che non è proibito, affidando la garanzia della libertà al *legal system*. Nel terzo caso la collettività pensa al benessere sociale in termini di *legally based provisions*, e non in termini di complesso di obbligazioni private, carità ecc. Nell'ultimo caso la giuridificazione si afferma come *legal framing*, quando la partecipazione democratica è pensata in termini legali e non, per esempio, di virtù civiche. Il *legal framework* rappresenta una vera cornice cognitiva rispetto alla quale pratiche sociali e comportamenti individuali diventano comprensibili (e accettabili) in base al loro "coefficiente" di *indicalità* (21), al loro essere coerenti a quel preciso *frame*.

Nelle pagine che seguono io riferirò soprattutto della terza e della quinta dimensione della giuridificazione, prestando attenzione alle loro condizioni di possibilità, alle loro caratteristiche teoriche ed empiriche, a come s'inverino nel contesto del Welfare State biopolitico.

1.2 La Giuridificazione del Welfare State: ricostruzione delle dimensioni qualitative

Vengo ora ad una delimitazione concettuale più precisa del fenomeno giuridificazione, come fenomeno "qualitativo" e multidimensionale, legato alla biopolitica welfarista. La tesi dalla quale muovo, è che la giuridificazione sia concettualizzabile come esito maturo di un processo storicamente determinato, di *materializzazione del diritto formale* (22), l'effetto di una epocale transizione da una razionalità giuridica formale ad una materiale, la cui emersione ed affermazione sono strettamente legate all'affermazione e consolidamento della razionalità socio-politica del Welfare State.

Per comprendere i termini costitutivi di tale affermazione (diritto formale, materiale, materializzazione) è d'obbligo il riferimento alla imperitura lezione sociologico-giuridica weberiana. Per identificare il *quid* del diritto come tecnica di governo della società che si mantiene nel tempo (si "istituzionalizza") nonostante il mutare dei soggetti che esercitano il potere, come tecnica che permette di razionalizzare, di integrare le spinte divergenti delle classi sociali producendo norme legittime nonostante i destinatari abbiano interessi, scopi e valori diversi, Max Weber si serve del concetto di "*diritto formale*" (23).

Il diritto è "formale" in due sensi: in senso *sociologico*, come capacità delle istituzioni che producono diritto di seguire procedure autonome (cioè non imposte da altre istituzioni), impersonali (non dipendenti da volontà individuali), i cui risultati sono prevedibili, calcolabili in base a codici (il concetto di norma, istituto giuridico, diritto soggettivo ecc.) riconosciuti dagli appartenenti all'istituzione (24); in senso *giuridico*, come carattere delle norme (generalità ed astrattezza delle norme), e come carattere del rapporto tra tali norme (coerenza e completezza dell'ordinamento) (25).

Con questa concettualizzazione, i due *desiderata* da cui la teoria di Weber partiva, sembrano soddisfatti. Da una parte, infatti, risulta disvelata la natura "*razionale rispetto allo scopo*" delle azioni dei pubblici poteri. Queste azioni non mirano all'implementazione, alla realizzazione di un certo valore (o meglio non si può conoscere se e quanto un certo valore sia stato implementato, realizzato) ma hanno per fine il *raggiungimento di un certo scopo*.

Dall'altra, si è provveduto ad individuare il *quid* delle istituzioni che producono diritto. Tali istituzioni hanno prodotto diritto secondo procedure autoimposte, hanno cioè provveduto alla loro "normazione", alla loro "creazione". Tale processo assume una duplice veste: istituzionale e dottrinale. Nel primo caso, il processo di autonormazione è diretto dai ceti che "usano" il diritto: il diritto muta seguendo gli interessi ideali e materiali del ceto professionale dei giuristi (26). Nel secondo caso, invece, il processo riguarda le categorie del pensiero giuridico ed è prodotto da studiosi del diritto (27). Le azioni degli appartenenti alle istituzioni giuridiche, quindi, sono formali nel senso che sono interpretabili come specie del genere "razionalità diretta allo scopo". Tali istituzioni, infatti, non presentano dei valori che le sono propri, ma soltanto delle tecniche, dei procedimenti attraverso i quali ottenere prevedibili risultati. Il diritto, quindi, persegue una razionalità "materiale" (produce norme per la realizzazione di un determinato valore) soltanto in un momento di evoluzione incompiuta, in cui non si è realizzato compiutamente il suo processo di formalizzazione, di generalizzazione e sistematizzazione delle sue norme in modo indipendente da qualunque aspirazione di ordine etico (28).

Per produrre tecniche che portino a risultati prevedibili da parte degli appartenenti alle istituzioni è necessaria, quindi, una autonormatività di queste istituzioni, sia istituzionale che dottrinale che rende il diritto "formale". Questa autonormatività può, però, essere in contraddizione con le esigenze delle istituzioni economiche, per esempio il mercato. In altre parole, il carattere formale proprio del diritto non consiste soltanto nella prevedibilità delle conseguenze di un atto (ad un illecito corrisponde una sanzione), ma anche nella pretesa di interpretare, valutare e calcolare in modo conforme al diritto tali atti, non importa se ciò va contro gli interessi e gli scopi di istituzioni non giuridiche, come il mercato.

Günther Teubner attingendo parzialmente alla concettualistica weberiana sopra sintetizzata, ha riformulato le categorie della *razionalità formale* e *materiale* del diritto (29), offrendo uno spunto particolarmente interessante per lo sviluppo delle mie analisi. Provo a seguire la sua riflessione

Per razionalità formale, Teubner intende una particolare configurazione del diritto moderno costituita da tre dimensioni (30): quella della *giustificazione* individualistica, di una particolare *funzione sociale esterna* del diritto, di una specifica *struttura interna*.

La giustificazione del diritto formale (o *norm rationality*) è il perfezionamento dell'individualismo

borghese e della autonomia individuale. Il diritto si giustifica per essere mero strumento di delimitazione di astratte sfere di azione per il perseguimento di scopi privati. Il diritto formale si limita a definire gli scopi dell'arbitrio legittimo degli attori privati. Il diritto garantisce solo un *framework* formale, mentre i valori sostanziali sono prodotti dagli attori formali. L'obiettivo è facilitare dall'esterno l'ordine privato garantendo l'indifferenza per i valori sostanziali. I corollari di questa logica saranno la convenzionalità, il legalismo e l'universalismo. Così orientato il diritto formale assolve una specifica funzione sociale esterna (*system rationality*). Tale funzione legata alla fissazione dei confini delle sfere di azione sociale autonome, consiste nel realizzare gli imperativi normativi per lo sviluppo della mobilitazione e allocazione delle risorse naturali. La struttura interna (*internal rationality*) del diritto formale appare infine, contrassegnata dalla conformità agli standards della coccettualistica analitica, della necessità deduttiva e del ragionamento orientato allo scopo. Precise sono le definizioni delle situazioni fattuali che comportano l'applicazione delle norme giuridiche e delle loro conseguenze legali. Ultimo elemento da considerare la professionalizzazione nell'applicazione delle regole formali: solo un'apposita *expertise* può operare col diritto formale.

Alla razionalità giuridica formale Teubner, riprendendo Weber, contrappone la *razionalità sostanziale* del diritto. Tale configurazione emerge nel processo di emersione storica delle istituzioni del Welfare State, la sua affermazione è, in specie, strettamente legata alla crescita dell'interventismo statale per la regolazione delle strutture di mercato a metà del XX sec. In questo processo il diritto perde le sue caratteristiche formali in relazione alle tre dimensioni sopra analizzate.

Dal punto di vista della *norm rationality* (31) si assiste al passaggio dalla centralità dell'autonomia a quella della regolazione. La giustificazione del diritto sostanziale deriva dalla efficacia/efficienza della regolazione politica (attraverso il *medium* giuridico) delle attività sociali ed economiche nonché nella compensazione/correzione degli assetti socioeconomici sperequati dei mercati. Il diritto tenderà così a regolare il comportamento sociale, non limitandosi dunque, ad operare nel senso della demarcazione di sfere autonome di azione sociale, ma mirerà alla fissazione di concreti doveri (spesso individuali) e prescrizioni sostanziali. Il diritto sostanziale perde l'orientamento universale mostrando tendenze al "particolarismo", a rimodulare la struttura di ruoli e status sociali.

Per quanto riguarda la *system rationality* o funzione sociale esterna, il diritto materiale appare contraddistinto dalla sua strumentalità all'induzione statale di modificazioni ai modelli comportamentali orientati dal mercato. Il diritto sostanziale è strumentale al sistema politico nella definizione di obiettivi, selezione di strumenti normativi, prescrizioni di comportamenti concreti, implementazione di programmi. Non è più caratterizzato dai requisiti normativi finalizzati al *conflict resolution* ma anche dai requisiti per l'intervento politico del Welfare State. Il diritto appare ora strumentalizzato per la gestione politica dei processi sociali. *La strutturazione delle condizioni di vita nella società* (32) questa è la nuova funzione sociale del diritto, indotta proprio dall'affermazione della razionalità giuridica sostanziale.

Con l'emersione di questa nuova funzione, si è registrato di conseguenza un eccezionale aumento delle materie regolate dal diritto (aspetto quantitativo della giuridificazione). Gli sforzi del legislatore per migliorare il tenore minimo di vita, le condizioni di lavoro, le assicurazioni sociali, in breve: per garantire la sicurezza sociale, hanno finito col portare alla formazione di campi del diritto completamente nuovi, quali il moderno diritto del lavoro, della previdenza sociale, ecc. Tutto ciò ha provocato una crescente *specializzazione* del diritto. Un numero sempre maggiore di norme giuridiche va a svolgere la funzione di regolare le competenze e i procedimenti in base ai quali gli organi dello stato intervengono nelle materie che si sono ora elencate.

Inoltre, il diritto ha assunto il compito di organizzare e legittimare oltre che l'attività degli operatori giuridici, anche, come si vedrà, l'insieme dei rapporti di potere nelle società.

Infine, una parte delle norme giuridiche continua ad essere destinata a controllo costante delle eventuali difformità fra norma e realtà giuridica, fra essere e dover essere, allo scopo di realizzare un adattamento reciproco di queste due variabili.

Questa nuova funzione sociale del diritto non può non riflettersi sulla sua struttura interna. Il dato fondamentale da sottolineare è il passaggio dalle norme generali ed astratte alle norme veicolanti ruoli posizionali specifici. A tale dato estrinseco si aggiunge la caratteristica crescita del "*purpose in law*" (33) o "*purposive orientation of law*". Si tratta dell'orientamento al risultato del diritto, un'assoluta novità rispetto al diritto pre-welfare.

La giuridificazione welfarista, per concludere, non è quindi mero problema di proliferazione di norme giuridiche, è principalmente un processo complesso legato allo Stato interventista e produttivo di un nuovo tipo di diritto: il *regulatory law* (34). Attraverso questo *medium* il Welfare State biopolitico *formalizzerà* la soggettivazione collettiva di cui ho discusso nel capitolo precedente: questo diritto è il codice principale della biopolitica welfarista.

Solo quando l'elemento della materializzazione del diritto e quello delle connessione con lo Stato sociale sono entrambi considerati, è possibile penetrare la specificità del nuovo diritto e della giuridificazione, nonché delle due tendenze conflittuali che animano tale fenomeno: il diritto formale segue la differenziazione funzionale delle società moderne disseminandosi e destrutturandosi creando aspettative di risoluzione dei conflitti; contestualmente tale domanda crescente di regolazione di conflitti, richiede diritto materiale strumentalmente orientato al controllo politico del comportamento di singoli e gruppi nelle sfere sociali private.

1.3 Alcuni riferimenti empirici alla nozione proposta di giuridificazione

Ritengo necessario a questo punto, concentrare l'attenzione su alcuni, selezionati esempi empirici di giuridificazione welfarista, riferiti principalmente ai paesi Europei occidentali e agli Stati Uniti, e collocabili storicamente a partire dalla seconda metà degli anni sessanta del secolo scorso. Prenderò in considerazione fenomeni come la giuridificazione delle relazioni industriali e del lavoro, successivamente dell'attività delle *corporations*, infine alcuni cenni alla giuridificazione del rapporto medico/paziente.

Probabilmente le trasformazioni che investono il lavoro e le relazioni industriali, rappresentano la testimonianza più nitida dell'incidenza della giuridificazione welfarista sui processi socioeconomici, e della loro parziale riformulazione in forza proprio di quest'impatto (35).

Il mercato del lavoro com'è risaputo, a partire dai processi di industrializzazione del XIX secolo, si caratterizza come specifico e peculiare settore del mercato in generale, soggetto a specifiche regole. Regole diverse qualitativamente a quelle che presiedono il funzionamento dei contratti tra privati, specificamente adattate agli accordi contrattuali tra lavoratore e datore di lavoro, ai rapporti di forza ad essi immanenti, alla posizione sociale ed economica dei contraenti del rapporto di lavoro, ai rischi occupazionali, alla protezione sociale del lavoratore ecc. L'esistenza di una visibile o latente questione sociale, la logica del Welfare State come compromesso sociale tra *working class* e capitale, il suo funzionamento di "pacificatore sociale" di conflitti presenti con intensità proprio nel mondo del lavoro, conduce ad una giuridificazione violenta in tale settore, legata alle più vaste politiche sociali welfariste.

Più analiticamente, la giuridificazione del lavoro si configura, nel periodo del Welfare State, come complesso di puntuali risposte dello Stato interventista ad una certa peculiare quantità di conseguenze dello sviluppo industriale giunto all'apice con l'inizio degli anni settanta del secolo XX. La logica di questa giuridificazione è quella sintetizzabile nel passaggio "*dalla reazione alla prevenzione*" (36). Si pensi al paradigmatico esempio della normativa sul licenziamento. La protezione da questo, è realizzata attraverso l'erogazione graduale di *provisions* finalizzate prima alla protezione poi alla promozione dell'occupazione secondo il modello "*active labor market policy*". Per elaborare e implementare tali *work policies* lo Stato interventista, deve controllare istituzionalizzare i *networks* che partecipano all'allocazione della forza lavoro. Si pensi ad atti normativi come il *British Employment Protection Consolidation Act* del 1978 e al novero di *compensations rules* in esso contenute, che sintetizzano il *trend* verso la interferenza statale "cogente" con la macrostruttura del mercato del lavoro, nella prospettiva della giuridificazione minuziosa dei rapporti di lavoro. Atti come questo massimizzano la complessità della regolazione giuridica del mondo del lavoro e delle relazioni industriali, contestualmente alla riduzione "*of lifetime of the various rules and increases the pressure for legitimization of the interventionist measures*" (37).

Lo Stato intervenendo nei processi socioeconomici attraverso un innalzamento esponenziale del livello di regolazione giuridica del lavoro, aumentando verticalmente la sua competenza esclusiva in aree la cui regolamentazione originariamente spettava e veniva imputata alla responsabilità individuale delle parti, piuttosto che a regole tratte e consuetudinarie, ha operato un "*displacement*" circa l'ottemperanza degli impegni contrattuali (non sostenuti cioè solo dal lavoratore e dal datore ma anche dallo Stato) e correlativamente una forte restrizione del "*decision-making power*" delle parti contraenti.

La regolazione giuridica garantisce il modello uniforme per le condizioni vincolanti del lavoro, a costo però, della complessificazione della stessa disciplina.

Sin da ora si può osservare quindi, come la giuridificazione del mondo del lavoro non consista soltanto di un aumento notevole della quantità di regole giuridiche, in un *flood of norms* giuslavoristiche legato alla costituenda *law-driven society* (38), ovvero sia al passaggio dallo Stato "contemplativo" allo Stato "attivo". Infatti, partecipano a questa *species* di giuridificazione, anche misure strettamente amministrative, che giocano un ruolo fondamentale in connessione con la fissazione giuridica degli standards di sicurezza o di promozione dell'occupazione. Nello stesso modo, un contributo rilevante, è offerto alla nuova interpretazione di leggi già esistenti da parte delle corti, che modificano in questo modo il *legal framework*. L'attivismo giudiziale soprattutto nell'ambito delle relazioni industriali, in tutta Europa, rimpiazza l'inazione del legislatore in detto settore (questo argomento sarà diffusamente trattato nelle pagine successive).

La giuridificazione del mondo del lavoro in costanza di Welfare State è dunque il risultato dell'interazione complessa tra l'interventismo dello Stato (più leggi e di nuova qualità), l'iperproduzione di misure amministrative da parte di amministrazioni periferiche, l'attivismo giudiziale facilitato dalla nuova formulazione delle disposizioni normative. Non più, o almeno non solo, produzione di normativa contemplante *protective provisions*, come accadeva nella prima legislazione lavoristica tardo-ottocentesca, ma un più articolato processo che coinvolge attori istituzionali diversi con diversi effetti sociali.

La negoziazione collettiva offre un ulteriore specifico esempio di questo processo. La giuridificazione della contrattazione collettiva, attraverso la sanzione legale delle sue procedure, l'individuazione dei soggetti legittimati a negoziare, la delimitazione astratta delle materie "negoziabili", ha portato all'affermarsi di una "normale" ingerenza statale nelle relazioni tra manodopera e datori di lavoro. In più il lavoratore in un sistema di contrattazione come quello edificato in costanza di Welfare State non ha scelta: non può, o incontra forti difficoltà, negoziare a livello individuale, sempre che non si opti per forme di regolazione non legali. Come scrive icasticamente Simitis: "*Collective bargaining, in other words, is instrumentalized*" (39) e prosegue: "*The collective agreement is no longer the ordo ordinans but merely, an ordo ordinatus*" (40).

Altre interessanti questioni discusse in precedenza ad alto livello di astrazione teorica, come il fenomeno della *materializzazione giuridica*, possono ora, più chiaramente essere osservate focalizzando l'analisi su contenuti specifici della legislazione lavoristica.

Mentre il diritto del lavoro tradizionale, quello di matrice strettamente civilistico prodotto tra fine ottocento inizio novecento, conteneva poche regole sostanziali relative all'identificazione di un numero esiguo di *provisions* erogabili secondo criteri spesso stabiliti dalle parti, la regolazione legale welfarista delle relazioni di lavoro è caratterizzata da un numero poderoso e crescente di dettagliati standards di condotta per le parti. Il legislatore determina i margini di tolleranza per salari e ore di lavoro, definisce la composizione della forza lavoro in specifici settori industriali, enumera i requisiti di protezione sociale.

L'esempio francese in proposito è paradigmatico. Se il *Code Civil* dedicava al lavoro poche norme fortemente astratte il *Code du Travail* è l'esatto opposto. Esso è la Bibbia del lavoro. Questo codice stabilisce i diritti e gli obblighi minimi di entrambe le parti regolando pervasivamente i rapporti tra il datore di lavoro e i salariati. Il *Code du Travail* è espressione nitida di un sistema regolatorio fatto di norme "materiali" che istituzionalizzano il controllo delle condizioni di lavoro, un sistema fondato sullo slittamento semantico dal *citoyen* al *travailleur*, sul tentativo di regolamentare il conflitto sociale non attraverso una regolazione puramente formale e procedurale, bensì attraverso *provisions* sostanziali. Inutile dire quanto un sistema fondato su regole sostanziali dettagliate, il cui effetto (o non effetto) è quasi "tangibile", nel senso che distintamente viene percepito dal destinatario, incontri maggiori difficoltà di legittimazione, generando aspettative facilmente frustrabili.

Per quanto attiene nello specifico alle relazioni industriali è possibile osservare poi, come i livelli dell'iper-regolazione giuslavoristica delle stesse, siano almeno tre (41): quello del *public policy*, simbolico, e *day-to-day*. Per *public policy* può intendersi l'ampio complesso di aree orientate dalla politica di governo dalla legislazione nazionale fino ai dibattiti mediatici e l'opinione pubblica. Qui il discorso non è dissimile da quanto detto sulla giuridificazione del lavoro. Il livello simbolico rappresenta il ponte tra *public policy* e relazioni industriali *day-to-day*. Questo livello rimanda all'importanza ideologica della giuridificazione dell'attività sindacale per esempio.

L'ultimo livello inerisce invece delle modalità con le quali il comportamento sociale e i valori degli attori delle relazioni industriali sono orientati nella quotidianità, dalle norme legali.

Un altro settore particolarmente interessante ai fini dell'analisi empirica della giuridificazione del Welfare State, consiste nell'evoluzione del diritto commerciale nei paesi europei a partire dalla seconda metà degli anni settanta del novecento, in specie mi soffermerò sulla regolamentazione giuridica delle *corporate structures* (42).

In quest'ambito la giuridificazione come materializzazione del diritto appare evidente. Se intendiamo la materializzazione giuridica come processo di funzionalizzazione del diritto al conseguimento di risultati economici e/o condizioni sociali specifici, nell'ambito delle *corporate structures*, tale processo assume le forme della graduale trasformazione/sostituzione delle tradizionali forme di regolamentazione leggere dell'*optional law* con il *mandatory law* (43).

In gran parte dei paesi europei occidentali, questo cambiamento circa l'evoluzione della regolamentazione giuridica delle *corporate structures*, è stato spiegato in termini di *bisogni di protezione*: del creditore, del piccolo *shareholders*, del potenziale investitore ecc. Il *mandatory law* rappresenterebbe, con la sua diffusione, un presidio per gli attori del settore, una fonte di sicurezza, non più garantita, nel nuovo contesto socioeconomico, dall'*optional law* (44).

Questa prospettiva, che lega l'aumento di normativa inderogabile alla logica distributiva delle politiche di welfare, deve essere integrata con altre interpretazioni.

Da un punto di vista economico (45) ad esempio, è possibile sostenere quanto la proliferazione di questa nuova disciplina giuridica inderogabile e vincolante per tutti (*mandatory*) in questo settore, sia conseguenza del processo lineare: sviluppo economico-aumento relazioni contrattuali-trasformazione "strutture organizzative" e soddisfi primariamente esigenze di riduzione dei costi di transazione, ottimizzando l'efficienza allocativa del mercato. Il *mandatory law* dovrebbe comportare un'intensa semplificazione delle costellazioni di variabili che concorrono al *decision-making*, riducendo l'incertezza e razionalizzando il *decision-making*. La restrizione dell'autoregolazione privata attraverso l'aumento verticale di *mandatory law* potrebbe dunque essere fondato anche su criteri di razionalità economica.

A questa lettura è possibile aggiungere un ulteriore elemento, che mi permette di cogliere più consapevolmente la specificità della giuridificazione nell'ambito del diritto commerciale. Anche in questo settore, infatti, si verifica quel cambiamento funzionale nel diritto che in precedenza abbiamo definito di *proceduralizzazione* (46). Si tratta di un processo che comporta una forte differenziazione verticale dei poteri regolatori e delle aree di controllo, nonché delle fonti dello stesso diritto. Forme regolatorie prima elaborate e azionate dagli attori economici, procedure spesso derivanti dagli usi e consuetudini nel settore di riferimento, vengono sussunte in normativa rigida di produzione non solo statale. Si assiste pertanto all'ipertrofica produzione di norme del *corporate law* non solo da parte dai governi nazionali, ma anche dalle macro strutture politiche federali (Europa), esplose il fenomeno del *judicial rule-making*, senza contare la regolazione pervasiva delle burocrazie amministrative (47). Ogni fonte di produzione è posta ad un livello differente, secondo un modello di ordine verticale; tale organizzazione però non esclude antinomie nella normazione, generando conflitti tra *law-makers* e tra attori economici, spesso di difficile risoluzione, rendendo farraginosa l'allocazione delle risorse.

Si verifica ulteriormente la strumentalizzazione delle aree di autonomia privata alle politiche pubbliche, altro aspetto tipico della giuridificazione discussa in principio di capitolo (48).

Per concludere questa rapida rassegna empirica, posso provare a concentrare la mia analisi sugli effetti di giuridificazione sulla medicina moderna (49), argomento ancora poco esaminato soprattutto secondo una prospettiva sociologico-giuridica, nonostante la varietà di implicazioni teoriche ed empiriche che l'argomento presenta.

Applicare all'ambito medico, la categoria della giuridificazione, serve a descrivere la introduzione pervasiva di rapporti giuridici (clausole contrattuali p. es.) nel rapporto tra il professionista sanitario ed il paziente, con il ricorso, conseguente, al giudice ordinario ed alla sanzione giuridica (penalizzazione) quali strumenti di regolazione dei rapporti che intercorrono tra la struttura sanitaria (ed i professionisti che in essa lavorano) e la persona malata, considerata, sotto questo profilo, alla stregua di un "cliente" sempre più critico ed esigente (50). I rapporti all'interno della struttura sanitaria non sono più scanditi dai doveri e dalle obbligazioni morali che professionista sanitario e paziente, spontaneamente, si assumono ma sull'esercizio dei diritti che ciascuno, in relazione alla sua posizione, rivendica e che

discendono dalle clausole di contratto che hanno sostituito, irreversibilmente, la relazione di fiducia su cui si è tradizionalmente basata, nel corso di molti secoli, il rapporto medico-paziente (51). Relazione di fiducia che non risulta uni-laterale (la fiducia del paziente nella competenza del medico) ma bensì bi-laterale, se si considerano, nel contesto italiano, le previsioni dell'art. 25 del Codice di deontologia medica ("*Sfiducia del cittadino*") che consente al medico di "... rinunciare all'ulteriore trattamento, purché ne dia tempestivo avviso" in quelle situazioni nelle quali egli "... abbia avuto prova di sfiducia da parte della persona assistita o dei suoi legali rappresentanti, se minore o incapace".

Le derive di questo processo di giuridificazione (nel senso primario di *contrattualizzazione*) della cura sono molteplici ed attengono (52):

- ~ alla giudiziaria della pratica medica che si realizza nella ricerca della responsabilità professionale in sede processuale (sempre più in quella penale), riconoscendo, cioè, il processo quale sede naturale di riconoscimento e di realizzazione dei diritti personali lesi o posti in pericolo;
- ~ al numero impressionante di procedimenti giudiziari intentati, anche nel nostro Paese, contro i medici;
- ~ alla penalizzazione della condotta professionale che, al di là delle determinazioni assunte dai Tribunali e dai Giudici competenti arrivate, come ricordato, addirittura fino all'ipotesi dell'omicidio preter-intenzionale nel caso di consenso in-valido e sulla spinta delle discutibili esigenze mediatiche, si realizza anche nel pregiudizio dell'immagine (e della identità) professionale;
- ~ alla progressiva iper-responsabilizzazione di tutti i professionisti sanitari sul fronte della responsabilità giuridica cui fa da contrappunto, purtroppo, la progressiva de-responsabilizzazione degli stessi sul versante sia etico che deontologico.

1.4 Aspetti disfunzionali della giuridificazione (sintesi)

Concludo questa sintetica disamina del fenomeno della giuridificazione "welfarista" con l'indicazione di alcuni aspetti disfunzionali del fenomeno in trattazione, aggiungendo che nella sezione successiva dello studio mi diffonderò più analiticamente su alcuni di tali aspetti.

Il problema principale, in prima approssimazione, sembra essere il conflitto tra la funzione sociale del diritto e la *performance* regolativa che l'ambiente sociale chiede al diritto. Teubner ha compendiato tale conflitto nel celebre *trilemma regolatorio* (53): ogni intervento regolatorio che trascende i limiti dell'autoriproduzione delle sfere sociali private o produce effetti disintegrativi sulla vita sociale o sul diritto, oppure non produce alcun effetto. Il trilemma, sostiene Teubner, esiste in tre forme (che rimandano ai tre aspetti disfunzionali della giuridificazione): il problema della *reciproca indifferenza*; quello della *disintegrazione sociale* attraverso il diritto; e quello della *disintegrazione del diritto* attraverso la società.

Quello della *reciproca indifferenza e incongruenza* (54), è il problema della reazione del diritto alle linee guida politiche di tipo regolativo. La regolazione non è compatibile con le interazioni autoproduttive del sistema regolato. Ma il sistema regolato non reagisce con la mancanza di reazione. Poiché non corrisponde ai criteri di rilevanza del sistema regolato, la regolazione è del tutto irrilevante per l'interazione interna degli elementi. Il diritto è in effettivo nella misura in cui non provoca cambiamenti comportamentali. Tuttavia l'organizzazione autoproduttiva rimane inalterata sia nel diritto che nell'ambiente sociale. Questo fenomeno può essere denominato utilizzo simbolico di politica e diritto.

Disintegrazione sociale attraverso il diritto (55) (o *iperlegalizzazione del sociale*). È la questione della colonizzazione della *Lebenswelt*. Il diritto interviene in aree sociali autoregolantesi, in modo da danneggiare le condizioni di autoriproduzione.

Anche in questo caso le interazioni autoriproduttive concrete all'interno del diritto, politica e ambiente sociale sono incompatibili tra loro. A differenza del caso precedente nel campo regolato la regolazione influenza a tal punto l'azione interna degli elementi da mettere in pericolo la loro autoriproduzione. Ciò determina quegli effetti disintegranti nel campo regolato. I programmi regolativi obbediscono ad una logica funzionale e seguono criteri di razionalità inadeguati alle strutture sociali interne delle sfere regolate. Certo, il diritto come strumento del Welfare State opera efficientemente, ma al tempo stesso impedisce la riproduzione dei modelli tradizionali della vita sociale.

Disintegrazione legale attraverso la società (56) (o *ipersocializzazione del diritto*). Lo stesso diritto è esposto alla domanda disintegrativa del sistema politico e della società. La pressione sociale e politica induce quelle trasformazioni qualitative e quantitative circa il diritto la cui conseguenza deteriore evidente è *l'ineffettività* dello stesso diritto. Il diritto è schiacciato dallo stato sociale che impone implementazione legale e aggiustamenti insostenibili della struttura del diritto funzionali alla logica della regolazione politica della *Lebenswelt*. Punto di partenza è l'intento orientativo del sistema politico e il diritto viene ritenuto inefficace nella misura in cui è uno strumento poco adatto a realizzare queste intenzioni nella realtà sociale. Il diritto viene politicizzato in modo da diventare uno dei meccanismi principali per realizzare il Welfare State.

Quello dell'ipersocializzazione del diritto è vero *gap* regolativo. Anche qui il risultato della regolazione è l'incompatibilità dell'autoproduzione, ma in questo caso l'organizzazione autoriproduttiva del settore regolato resta inalterata, mentre viene messa in pericolo l'organizzazione autoproduttiva del diritto. Le esigenze di regolazione politico-sociale portano il diritto a scontrarsi con i suoi limiti. E ciò non nel senso dell'ineffettività del diritto nella sua implementazione, ma nel senso opposto: lo sforzo del diritto di raggiungere quante più mete possibili nell'ambito di quelle assegnate, potrebbe provocare ripercussioni sulla sua struttura interna che il diritto potrebbe non riuscire più a controllare. Esso viene "soggiogato" dalla politica o dai settori parziali regolati. Il diritto viene politicizzato, economizzato, pedagogizzato ecc., con il risultato della disintegrazione degli elementi auto riproduttivi. Il sovraccarico del diritto nel Welfare State, così come la sua *capture* da parte di altri sottosistemi della società, ha effetti disintegranti sulla sua autoriproduzione.

Questi tre tipi di *gap* regolativo, di deficit di funzionalità del diritto statale, pur avendo caratteristiche differenti, ne rivelano una in comune. In ogni caso il diritto regolativo diventa in effettivo quando supera i confini fissati nel processo di regolazione: del settore regolato, della politica o del diritto stesso. Gli effetti sono comunque problematici: o irrilevanza della regolazione, oppure effetti disintegrativi nell'organizzazione autoriproduttiva del diritto della politica della società. Nelle ultime pagine dello studio riprenderò proprio quest'ultimo effetto collaterale della giuridificazione sociale.

2. Disfunzionamento del Welfare State biopolitico e Legal System: premesse alla giudiziizzazione sociale

Per capire la seconda macro-trasformazione giuridica, bisogna partire da lontano. Non è possibile sostenere l'esistenza di un rapporto "diretto" tra Welfare State biopolitico e giudiziizzazione del sociale. Tra mutamento sociale e mutamento giuridico è necessario inserire specifici termini di mediazione.

Prima di tutto, propongo di muovere dall'analisi delle determinanti socio-politiche elementari, del fenomeno giudiziizzazione del sociale, utilizzando l'infrastruttura concettuale della *trasmigrazione delle aspettative* (57). Bisognerà chiarire il senso di questo fattore esplicativo, capire come può essermi utile nella spiegazione del ruolo inedito assunto oggi dal giudice nei paesi occidentali. Per fare ciò ho bisogno di focalizzare un ulteriore fenomeno: le modificazioni della *legal culture* (conseguenti al fenomeno già analizzato di giuridificazione), trasformazioni che precedono e rendono possibile la trasmigrazione di aspettative verso il giudice, fungendo da ulteriore termine di mediazione tra mutamento sociale mutamento giuridico.

La modificazione della *legal culture* del tempo, contestualmente al disfunzionamento del Welfare State, e dunque alla frustrazione delle aspettative di regolazione della conflittualità sociale, generate massivamente dal Welfare State biopolitico, porterà alla trasmigrazione delle stesse aspettative verso il *legal system*, in particolare verso il giudice, che diventerà così, il catalizzatore primo delle istanze di regolazione della conflittualità sociale.

La categoria di trasmigrazione delle aspettative è qui fondamentale, perchè permette di seguire e comprendere il processo di interazione Welfare State/*legal system*, in specie il profilarsi della giudiziizzazione sociale, fenomeno legato questa volta al "disfunzionamento" del Welfare State biopolitico. Si vedrà infatti, che è in relazione alla *non-realizzazione* anche parziale dell'aspettativa da parte del Welfare State, a causa dei suoi processi critici, che il soggetto agente è portato ad aggiustare le proprie aspettative tenendo conto delle mutate precondizione dell'azione, con la conseguenza di

orientare verso altri meccanismi le aspettative di regolazione del conflitto.

Cosa significa generazione biopolitica di aspettative? Di quale aspettative sto parlando? Com'è possibile la trasmigrazione delle stesse?

L'aspettativa intesa in senso sociologico, consiste com'è risaputo, nella previsione ragionevolmente realistica dell'individuo circa la condotta degli altri membri della società in un contesto d'incertezza. Oggetto di studio della sociologia e della psicologia sociale, le *aspettative di comportamento* sono prodotte dai ruoli e dalle norme sociali e possono essere definite un prodotto culturale. Occupando definite posizioni sociali, gli attori producono aspettative circa le modalità e i contenuti delle interazioni sociali connesse allo status. In ogni aggregazione sociale le aspettative hanno la tendenza a stabilizzarsi nel tempo, consolidandosi al crescere del grado di istituzionalizzazione sociale, permettendo all'attore di relazionarsi in un contesto di ridotta complessità. Si pensi alle disparate e plurime situazioni che, data la loro frequenza, possono essere considerate tipiche della vita quotidiana. La crescente esperienza dell'individuo circa l'aggregazione sociale permette all'attore di servirsi di (ed essere investito da) aspettative tanto solide e affidabili quanto la conoscenza delle dinamiche sociali è approfondita. Quanto più le aspettative sono corrispondenti ai comportamenti reali maggiore è il grado di controllo degli attori sul contesto, riducendo lo stato di tensione che l'insicurezza sui comportamenti altrui genera in ognuno.

In questa sede non interessano ovviamente le aspettative di comportamento individuale da un punto di vista psicologico-sociale, né tantomeno le aspettative sociali da un'angolazione di sociologia generale. Interessano, nello specifico, le aspettative generate dal Welfare State biopolitico e nutrite dalla collettività nei confronti dello stesso, circa la gestione/regolazione "biopolitica" della conflittualità sociale. Aspettative verso il Welfare State inteso non tanto come sistema di *valvole di decompressione di tensioni e conflitti sociali più o meno latenti* (58), bensì come "strategia" istituzionalmente articolata, di gestione positiva/preventiva di conflitti per la distribuzione di risorse da "welfare", attraverso la costruzione ed orientamento dei bisogni/aspettative della collettività. Si tratta di aspettative relative ad una precisa modalità di gestione di potenziali conflitti sociali, connessi, oltre che alla ri-distribuzione di risorse economiche (che è solo l'esito ultimo e la parte emergente dell'attività del Welfare State), anche, e forse soprattutto, alla soddisfazione di bisogni strettamente "culturali": relativi, al corpo, alla sessualità, all'autopercezione del soggetto nello spazio sociale, all'identità biologica ecc. Sono le aspettative di realizzazione di questi bisogni, plasmate dall'azione biopolitica del Welfare State, che occorre orientare per prevenire il conflitto, la ri-distribuzione delle risorse economiche è un passo successivo, il cui "successo" è dipendente da quest'operazione di (ri)orientamento.

Bisogna ora penetrare le caratteristiche di questo particolare tipo di aspettativa plasmata dal Welfare State biopolitico, nonché il suo meccanismo di generazione, riprendendo solo in minima parte discussioni già fatte.

Nell'aspettativa, biopoliticamente plasmata, di regolazione del conflitto, *precondizioni oggettive e prefigurazioni soggettive* circa l'intervento del Welfare State, si consolidano in un ritmo di interazione che permette al soggetto di assumere una linea di condotta rispetto al (potenziale) conflitto sociale, attraverso le coordinate di comportamento offerte dal Welfare State stesso, coordinate che attribuiscono un ruolo definito alla soggettività sociale, *inputs* che orientano la decisione di agire in una determinata direzione (59).

In sintesi: l'aspettativa biopoliticamente generata circa la gestione welfarista di conflitti sociali (così come descritti sopra), presuppone lo sviluppo di un progetto di azione sociale nel quale i singoli ruoli sono già fissati (dall'azione biopolitica). Invero, è qualcosa di più che il ruolo ad essere fissato: la generazione di specifiche aspettative circa la distribuzione (in qualità e quantità) delle risorse o la costruzione dell'identità (*self*) dei destinatari eventuali, tende ad orientare *l'identità* stessa dei soggetti, oltre che l'interpretazione della realtà e il comportamento nei processi sociali.

Le aspettative di regolazione del conflitto giocano dunque, un ruolo decisivo nella determinazione dell'azione e nello svolgimento dei processi di interazione. In esse sono cristallizzate sia specifiche *precondizioni dell'azione*, vale a dire quelle informazioni attraverso le quali si riesce a definire la situazione nella quale si svolge l'azione, informazioni in buona parte elaborate dal *software* biopolitico del Welfare State, sia le *prefigurazioni dell'azione*, cioè l'insieme delle azioni possibili da parte del soggetto e dei loro esiti, orientate da quelle informazioni, quanto infine il *progetto di condotta* (60). Ciò che appare rilevante per tracciare un rapporto tra aspettative generate

biopoliticamente e linee di condotta dell'attore sociale, mi sembra dover essere una più analitica descrizione degli aspetti strutturali dell'aspettativa in parola, mi concentrerò allora: sulla complessa *costituzione* dell'aspettativa; sulla sua *funzione*; sulla sua capacità di *orientamento* all'azione.

Per quanto riguarda l'aspetto della costituzione dell'aspettativa, si è in parte già detto. Posso aggiungere che forse l'analisi deve tenere presente principalmente quei *microprocessi* che stanno a monte delle aspettative strutturali di regolazione del conflitto. Questi microprocessi realizzano la sintonizzazione tra attore sociale e l'ambiente (inteso come nel capitolo precedente), che condiziona l'aspettativa e conseguentemente l'azione. A questi microprocessi appartengono: la raccolta di informazioni e percezioni sull'ambiente, che fornisce la preconditione dell'azione; la consapevolezza delle possibilità e probabilità che l'attore ha a disposizione di modificare la situazione a suo vantaggio, che rientra nelle prefigurazioni dell'azione; la messa a punto di un programma di interazione, del quale fanno parte aspettative parziali e aspettative di aspettative e che è perciò costellato di una serie di effetti sperati o temuti (61). Ritengo che nella organizzazione di tali microprocessi il Welfare State biopolitico, con la sua capacità inglobante, abbia avuto un ruolo dominante.

Come zona di confine tra individuo e società, come *premissa della socialità* (62), l'aspettativa generata da microprocessi è dunque un fatto cruciale nel quale rientrano ambiente e fattori psichici, desideri e intenzione, speranze e volontà. Essa svolge rispetto all'attore una funzione essenziale: dargli certezza nel futuro e sicurezza, permettendogli decisione e azione sociale presente, più precisamente nel nostro caso, offrendogli sicurezza circa la prevenzione del conflitto sociale: per evitarlo deve conformarsi all'identità elaborata biopoliticamente, basta questo. L'aspettativa dunque, strutturalmente funge da interpretazione della realtà futura e opera come una forma di riappropriazione e di controllo nei confronti di eventi distanti (p.es. il conflitto solo potenziale).

Per quanto riguarda la seconda caratteristica dell'aspettativa, si tratta chiaramente dell'*anticipazione del futuro* (63). Questa avviene in forma emotivamente significativa, ricca di pretese nei confronti della realtà e tuttavia conservando al tempo stesso un margine più o meno grande di insicurezza. Ciò vuol dire che l'anticipazione del futuro non avviene solo in termini di previsione e di probabilità, ma anche in misura più o meno grande in termini di percezione, di concezione del mondo, di desiderio, di timore, di volontà.

Infine, l'aspettativa *orienta* il comportamento. Anzi nell'aspettativa si cristallizza un potenziale di comportamento, si manifestano cioè specifiche intenzioni di azione, ancora una volta diverse dai desideri che appaiono nelle prefigurazioni delle possibilità dell'attore. Un potenziale di comportamento trasfuso nell'aspettativa dall'azione biopolitica del Welfare State.

Dalla definizione di aspettativa come percezione di situazioni reali e di situazioni possibili che portano l'attore sociale a credere nel verificarsi di un determinato avvenimento futuro (gestione preventiva del conflitto attraverso attribuzione d'identità biopoliticamente plasmata) e pertanto a darne per scontati i suoi effetti nella sua azione presente (distribuzione di risorse), orientando il comportamento, è possibile trarre una serie d'indicazioni circa gli *esiti* possibili di aspettative:

~la *soddisfazione dell'aspettativa*, che può risolversi in se medesima, ma può anche produrre un circolo vizioso per cui una troppo facile soddisfazione di aspettativa genera una progressiva amplificazione della medesima e un crescente grado di frustrazione. Nella maggior parte dei casi l'amplificazione dell'aspettativa ha due direzioni: tende a coinvolgere l'altro generalizzato e a concentrarsi in verticale sul potere. La frustrazione che ne segue tende in questo caso a trasformarsi in delusione generalizzata che investe il potere della capacità di risolverla;

~la *delusione*, come si è visto, può portare ad un aggiustamento dell'aspettativa stessa nei confronti della realtà, ma può anche portare, come nel caso di aspettative di un solo tipo, alla delusione generalizzata, di fronte alla quale si costituisce una nuova aspettativa, quella dell'evento risolutore sia in un senso positivo, sia negativo;

~un ulteriore esito dell'aspettativa può consistere in un evento o comportamento inatteso che altera le condizioni che l'hanno generata e quindi l'annulla sostanzialmente. L'inatteso, l'eccezione, può modificare sia le condizioni oggettive di una situazione, sia la sua percezione sia infine la prefigurazione delle possibilità dell'attore;

~infine, l'aspettativa, pur essendo oggettivamente infondata, può realizzarsi proprio perché gli individui si aspettano quell'evento e provocano, volontariamente o meno, le condizioni perché

esso si realizzi. Si ha in questo caso la fattispecie della profezia che si autoadempie, per quel fenomeno che Robert Caillois ha chiamato *effetto vertigine* (64), il quale costituisce un vero e proprio fenomeno di accelerazione dei fenomeni sociali.

Nel caso delle aspettative di regolazione del conflitto sociale elaborate dal Welfare State, gli effetti da considerare, perché rilevanti nell'economia del mio studio, sono il primo, nella misura in cui la soddisfazione dell'aspettativa genera un'amplificazione della stessa, e il secondo. Ad entrambi dedico le pagine successive.

2.1 Processi critici del Welfare State biopolitico e frustrazione delle aspettative

In precedenza, l'analisi della prima macro-trasformazione giuridica è stata assunta come conseguenza del fatto che proprio il diritto fosse, nel contesto del Welfare State "funzionante", il codice e veicolo principale per la formalizzazione biopolitica. Ora, l'analisi della seconda macrotrasformazione viene invece considerata effetto, almeno parziale, del "disfunzionamento" del Welfare State biopolitico, effetto dei suoi processi critici.

Mi concentrerò in specie, su come il verificarsi del fenomeno della delusione/frustrazione delle aspettative generate dal Welfare State, possa essere imputabile principalmente al dispiegarsi *drammatico* dei processi critici relativi a quella razionalità socio-politica.

Nel caso specifico delle aspettative di regolazione della conflittualità sociale generate dal Welfare State biopolitico, il problema della delusione, a dire il vero, si pone già (nel senso che affonda le sue "radici" causali) col "funzionamento" del Welfare State, ed è da qui che bisogna muovere. Mi spiego meglio. Il Welfare State biopolitico, è stato inteso come infrastruttura (composta da Stato, mercato e famiglia) erogativa e regolativa di *provisions* (fasci di beni (65), provvidenze) sulla base di *entitlements* (titoli formali di accesso (66)), finalizzata alla socializzazione dei rischi sociali (rischi del ciclo di vita, di classe, intergenerazionali) (67), come gigantesco operatore di solidarietà sociale, come articolazione di agenzie e agenti deputati all'attribuzione di significati, alla sanzione di comportamenti di rilevanza sociale, alla classificazione, all'esclusione, all'assimilazione, nonché alla costruzione dei bisogni sociali, come complesso di pratiche discorsive con uno straordinario potenziale generativo normativo, un *regime di veridizione*.

L'azione biopolitica del Welfare State, in particolare, è stata descritta come una tecnica di potere assicuratrice e regolatrice, dispiegante una fitta rete normativa su tutto il corpo sociale, fatta di politiche assistenziali e assicurative, una rete normativa *produttiva di soggettività*. Tale biopolitica fa della gestione dei rischi l'oggetto stesso dell'azione politica. I processi *diassoggettamento bio-norm*, funzionavano normalmente plasmando demiurgicamente le aspettative della collettività, preformando e normalizzando le esigenze sociali, nella loro quantità e qualità, prevenendo in questo modo l'esplosione di conflitti per le risorse "da" welfare, dispositivo, in questo senso, partecipante attivamente al governo della *in/sicurezza sociale*.

Il fatto rilevante è che il Welfare State, intervenendo secondo quelle modalità ed in maniera sempre crescente nella società, ha generato un aumento esponenziale delle aspettative da regolazione del conflitto, inducendo la percezione collettiva della possibilità di controllare ogni situazione di pericolo o di bisogno (le precondizioni oggettive). Questa percezione, ha profondamente influenzato il comportamento degli attori sociali animando precisi progetti di condotta, prima ancora generando specifici desideri (prefigurazioni dell'azione).

Più precisamente è possibile ricondurre, con una forte generalizzazione sociologica, il *rising tide* delle aspettative welfariste alla stessa dinamica evolutiva delle richieste poste al (ed elaborate dal) Welfare State.

Il Welfare State, infatti, in principio aveva assunto come obiettivo specifico da perseguire, aveva eletto quale propria *raison d'être*, la produzione di *benessere*, inteso come pacchetto standard più o meno variabile, di beni di consumo da assicurare per via politica al cittadino come tale (68). Tale "benessere" oltre ad essere erogato per via politica aveva prevalentemente carattere economico-consumistico e quantitativo: più diritti sociali e più uguaglianza = più *provisions*.

Il Welfare State biopolitico *produceva* questa domanda ed offriva ad essa, la risposta coerente.

Ad un certo punto (fine anni sessanta del secolo scorso), si assiste ad una transizione rilevante nella tipologia di aspettative nutrite rispetto all'azione del Welfare State: dall'istanza sociale di "più benessere" alla richiesta di miglioramento della "*qualità della vita*".

La transizione è gravida di conseguenze. Prima di tutto il miglioramento della qualità della vita è un concetto con un contenuto nuovo, "evoluto" rispetto alla produzione di benessere. Migliorare la qualità della vita significa perseguire il benessere in modo "pulito" riducendone gli effetti perversi sia fisici che sociali, significa richiedere la produzione di un benessere non riducibile ad una certa quota di risorse materiali, un benessere realizzato sia oggettivamente che soggettivamente sia a livello macro-sociale che micro-sociale (69). Il rifiuto della logica quantitativa e passivizzante, scopre il disfunzionamento, la riduzione della performatività dei processi biopolitici di elaborazione e regolazione delle aspettative sociali. Il Welfare State non riesce più ad orientare le domande sociali (per le quali ha risposte). Il fatto che nascano nuove domande è già sintomatico di un principio di "disfunzionamento" del Welfare State biopolitico.

Alla domanda "evoluita" di *vita buona e sensata*, il Welfare State non può far altro che rispondere con la traduzione di questa istanza in termini quantitativi, deterministici, di erogazione passiva. Strategia coerente alla richiesta di benessere, ora invece risposta inappropriata, perché non è più il benessere ad essere esatto. L'alternativa è la *non-risposta*.

L'innalzamento del reddito (cifra del benessere) ha provocato un'ampia differenziazione qualitativa della domanda complessiva di servizi posta al Welfare State. Superato (in realtà o solo nella percezione diffusa socialmente) il livello minimo di sicurezza, per il quale il pacchetto di servizi standardizzati è stato indispensabile, vengono poste nuove domande (70), per rispondere alle quali il Welfare State non è attrezzato. La domanda di miglioramento della qualità della vita, che pure appare priva di progettualità etica, senza un preciso codice simbolico e normativo (71), domanda che rappresenta una conseguenza della stessa evoluzione fisiologica del Welfare State, è sufficiente a scoprire i limiti di una razionalità socio-politica che non riesce più a preformare i bisogni, che drammaticamente si avvia alla disgregazione.

Da un'angolazione diversa, l'azione biopolitica, azione per eccellenza pervasiva, inglobante il sociale tutto, solo per questo ha determinato una proliferazione delle aspettative di regolazione dei conflitti potenzialmente deflagranti in ogni interstizio dello spazio delle relazioni sociali "normate biopoliticamente". Moltiplicandosi le *precondizioni dell'azione*, cioè quelle informazioni attraverso le quali si riesce a definire la situazione nella quale si svolge l'azione, informazioni elaborate massivamente dal *software* biopolitico del Welfare State, si moltiplicano altresì le *prefigurazioni dell'azione*, cioè l'insieme delle azioni ritenute possibili da parte del soggetto e dei loro esiti desiderabili, orientati da quelle informazioni, con la conseguenza duplice della convinzione che il Welfare State su tutto possa intervenire e ogni problema sociale possa e debba risolvere secondo la logica della redistribuzione "passiva" delle risorse, e quindi della proliferazione *ad libitum*, in maniera incontrollata e incontrollabile, delle aspettative circa la regolazione del conflitto.

A questo punto si aggiunge la variazione qualitativa nel tipo di richiesta avanzata al Welfare State: non si chiede più benessere attraverso l'erogazione passiva di *provisions*, ma migliorare la qualità della vita. Più aspettative, ma anche aspettative più differenziate qualitativamente rispetto al passato. L'aumento esponenziale delle aspettative, la loro trasformazione qualitativa nel tempo, rappresenta, nella mia prospettiva, una delle precondizioni della trasmigrazione delle stesse verso il *legal system (rectius: il giudice)*, tale precondizione verrà "attivata", con "l'eclissi", col pieno e completo disfunzionamento del Welfare State, col verificarsi dei suoi processi critici, determinanti una *differenza di natura* nell'esercizio effettivo della funzione biopolitica del Welfare State.

Nel momento in cui i processi critici tendono a svilupparsi in tutta la loro intensità, ponendo fine al Welfare State biopolitico centralizzato e totalizzante, viene persa irrimediabilmente la capacità definizione delle aspettative della collettività circa i potenziali, disgreganti conflitti da distribuzione di welfarista di *chances* di vita (di cui l'impossibilità di rispondere alle nuove aspettative è solo un effetto). Non sarà possibile ricondurre ad unità la nuova mole d'istanze sociali, perché lo strumento di "unificazione" si è irrimediabilmente esaurito. Viene a mancare il dispositivo facilmente attivabile, prossimo alla collettività, anzi iper-presente, a basso costo, per la gestione preventiva dei conflitti sociali da distribuzione di Welfare State, operativo attraverso la costruzione e l'orientamento delle aspettative. Viene meno un meccanismo efficace di mantenimento dell'integrazione sociale, quale era

appunto il Welfare State biopolitico.

I processi critici, che si risolvono nell'esaurimento della capacità del Welfare State di gestione preventiva dei conflitti sociali, nel deperimento della biopolitica statalizzata, hanno, in sintesi, pregiudicato irrimediabilmente quell'azione di *ipersocializzazione dei bisogni* (72), che aveva "neutralizzato" la dimensione individuale del bisogno di welfare (in senso letterale), riconducendolo all'interno di un tessuto relazionale e di processi comunicativi plasmati dalla stessa biopolitica totalizzante, scoraggiando, meglio eliminando dall'orizzonte del possibile, ogni codificazione alternativa del bisogno di welfare (non come problema sociale) e di conseguente soddisfazione dello stesso. Resta tuttavia sia la quantità abnorme (e differenziata) delle aspettative prodotte, sia l'ormai realizzata ipersocializzazione dei bisogni sociali codificati come problemi sociali. Restano le precondizioni dell'azione, ovverosia l'input dell'aspettativa, nella percezione sociale fortemente aumentate così come permangono le prefigurazioni dell'azione e i progetti di condotta, definiti sotto la pressione dell'azione biopolitica. Restano, in sintesi, gli effetti e le conseguenze (entrambi apparentemente ingestibili) della biopolitica welfarista "funzionante", oggi manifestamente declinante.

2.2 La trasmigrazione delle aspettative

Ma quali sono analiticamente gli effetti della delusione delle aspettative? Come effettivamente i processi critici ne rendono possibile la trasmigrazione verso il *Legal system*?

Un'aspettativa, in generale, può trovare o non trovare rispondenza nella realtà, o meglio nella percezione che la collettività ha della realtà, di conseguenza possono aversi alternativamente il costruirsi di situazioni di uniformità o di dissonanza. L'uniformità può rappresentare la realizzazione, il successo. La dissonanza è invece la delusione. In caso di dissonanza, l'aspettativa può avere un'alternativa e allora il soggetto o i gruppi tendono a rimediare subito alle situazioni di dissonanza abbassando o modificando le aspettative, assumendo verso la realtà un atteggiamento prescrittivo, revisionando il progetto d'interazione ecc. Ma l'aspettativa può non avere alternative (73), e allora la delusione non solo impedisce la soddisfazione di bisogni, ma distrugge in tutto o in parte la relazione con il futuro, può portare ad una perdita di futuro o perdita di speranza o disadattamento che, se è un fatto lieve e superficiale può produrre forme particolari di distinzione che sostituiscono l'aspettativa; se è un fatto grave crea insofferenze radicali nei confronti del gruppo e della società tutta e con ciò un potenziale conflittuale difficilmente risolvibile. In sostanza la delusione d'aspettativa può rafforzare o riprodurre forme di distinzione, ma può anche creare situazioni di conflittualità radicale. Il caso più comune, di conseguenza della delusione, è quello del mutamento dell'aspettativa, laddove tutti i microprocessi che hanno determinato l'aspettativa vengono revisionati e l'aspettativa stessa si mostra di non possedere quella costanza temporale che la prefigurazione del sé, dell'altro e delle possibilità di azione dell'attore pretenderebbero di attribuirgli.

Il problema centrale, nel caso specifico della frustrazione delle aspettative generate dal Welfare State, è che con i processi critici non è possibile, nemmeno simbolicamente, offrire soddisfazione alcuna, a quelle aspettative, non è possibile ammortizzare quegli effetti destrutturanti. I progetti di condotta, definiti dal Welfare State, vengono di colpo percepiti come irrealizzabili, urtando fragorosamente contro la destrutturazione progressiva di quella razionalità socio-politica declinante. La conseguenza è la frustrazione di quelle aspettative prodotte massivamente e plasmate dal Welfare State, con un effetto potenzialmente disgregante per la società. Questa frustrazione potrebbe essere concettualizzata come una *discrepanza terribile*, riprendendo Georg Simmel (74): nell'aspettativa generata, si crea una divaricazione tra precondizioni oggettive dell'azione (proliferate intensamente), prefigurazioni soggettive (disilluse dai processi critici), progetti di condotta (ormai irrealizzabili) e possibilità di soddisfazione offerte. Una divaricazione non componibile dall'azione del Welfare State, perchè declinante, anzi dal suo disfunzionamento prodotta, una divaricazione che inibisce, che muta bruscamente le traiettorie di vita plasmate sotto la pressione biopolitica.

Si vedrà, infine, che la soluzione alla discrepanza, sarà il ri-orientamento di quelle aspettative verso il dispositivo giurisdizionale (che verrà *socialmente costruito* come alternativa al Welfare State declinante circa la regolazione della conflittualità sociale), ri-orientamento, condizionato dalla propedeutica mediazione dei cambiamenti della *legal culture*. L'alternativa mancante al momento della crisi verrà rintracciata nell'apparato giurisdizionale, che farà da "soluzione" alla frustrazione.

Per quanto riguarda possibili riferimenti empirici al descritto processo di moltiplicazione delle aspettative poi frustrate con effetto socialmente disgregante di "discrepanza", sono adducibili diversi esempi di provvedimenti legislativi che, in particolare nel contesto italiano, suggellano questa particolare dimensione della crisi del Welfare State biopolitico. Si pensi ad esempio all'effetto sociale delle *leggi-condono* in materia abitativa, varate negli anni ottanta del secolo scorso (periodo in cui la "crisi" del Welfare State appare in tutta la sua evidenza).

Strutturalmente, le leggi-condono, intervengono per modificare *ex-post* la regolamentazione delle conseguenze da collegare ad un certo comportamento difforme da quello fissato legislativamente. Di fronte ad un basso livello di effettività, si afferma la doverosità della stessa disposizione normativa, ma nello stesso tempo si modificano le sanzioni connesse alla sua infrazione, a condizione che il trasgressore faccia richiesta di condono. L'aspettativa contenuta nella norma rimane *normativa*, si modificano però le modalità di assorbimento delle sue frustrazioni (75).

Si può constatare come le leggi-condono, varate massivamente in costanza di crisi del Welfare State, non rappresentino altro che la presa di coscienza dell'impossibilità di soddisfazione dell'aspettativa generata, la consapevolezza che il diritto, una volta codice di formalizzazione della biopolitica totalizzante, non ha più livelli di performance soddisfacenti, "fallisce" nella pianificazione e regolazione sociale. Il varo continuo di leggi-condono che combinano la riaffermazione normativa della disposizione con l'indebolimento del meccanismo sanzionatorio, che suggellano la frustrazione delle aspettative di regolazione sociale generate in precedenza, determina l'evidente convenienza per il destinatario della prescrizione di tenere un comportamento non conforme, testimoniando drammaticamente la perdita di "normatività" delle prescrizioni sociali giuridicamente sanzionate. Altro che preformazione del conflitto...

Altro esempio empirico sono le *leggi-propraga* (p.es. nell'ambito di "materie socialmente sensibili"), che con la crisi del Welfare State aumentano a dismisura. A queste non è possibile imputare alcuna funzione di pianificazione sociale, di soddisfazione di aspettative sociali di regolazione del conflitto. La conflittualità non decrementa in forza dell'adozione di provvedimenti di proroga, queste leggi hanno infatti, la sola funzione di estendere le regolazioni giuridiche eccezionali, adottate per un periodo di tempo determinato, oltre i limiti temporali fissati al momento dell'approvazione. Generalmente le proroghe dovrebbero essere ammissibili in via transitoria e per periodi brevi. Tuttavia a partire dalla metà degli anni settanta del secolo scorso, la proroga viene fondamentalmente utilizzata come strumento *normale* di intervento. Inoltre la giustificazione di tali interventi in forza di una sedicente transitorietà ed eccezionalità, ha contribuito a destabilizzare le aspettative dei destinatari piuttosto che stabilizzarle, con un effetto a dir poco incongruo. In questo caso è evidente come l'operazione del legislatore si traduca in una modificazione dei soggetti e delle modalità del conflitto piuttosto che ad una sua soluzione.

2.3 Legal Culture: da una precomprensione concettuale alla Legal Culture orizzontale

Per poter comprendere la tras migrazione delle aspettative e dunque pervenire alla spiegazione della giudiziariazione, bisogna combinare il fenomeno della frustrazione delle aspettative di regolazione della conflittualità sociale a quello della modificazione, storicamente determinata, della *legal culture*. Dire che il Welfare State non mantiene più le sue promesse non implica automaticamente che sia il *legal system* ad addossarsi la realizzazione delle stesse. Concettualmente un passaggio come questo necessita di elaborazione ulteriore. La mia tesi è che bisogna inserire un termine di mediazione tra "crisi" del Welfare State biopolitico e giudiziariazione: le trasformazioni della *legal culture* appunto.

La categoria di *legal culture* rappresenta un'essenziale variabile nel processo di produzione di *legal stasis* nonché di *legal change* (76). Sappiamo che eventi esterni (nel nostro caso la parabola del Welfare State biopolitico) al sistema possono incidere sul sistema giuridico, modificandolo. Ma come avviene questa modificazione? Come eventi sociali esterni riescono dinamicamente a trasformare il *legal system*? Come ha scritto Lawrence Friedman:

"To put it another way, any equation which takes the form of social change X leads to legal result Y is simplistic and unsatisfying. A better form would be: social change X leads to a change in legal culture Y, which results in this or that kind of pressure on legal institutions, and what comes out is legal result Z. In other words, legal culture is a generic term for

states of mind and ideas, held by some public; these states of mind are affected by events, situations and the like in society as a whole, and they lead in turn to actions that have impact on the legal system itself" (77).

Non credo tuttavia, sia possibile generalizzare l'utilizzo della categoria interpretativa di *legal culture*, interpretandola come categoria-*paspartout*, utile per la spiegazione di ogni forma di mutamento giuridico, in qualsiasi circostanza. Ritengo la funzionalità euristica di tale fattore legata al contesto specifico di utilizzo e alla tipologia di trasformazione giuridica di cui si tratta: può funzionare la spiegazione "culturalista" quando il fenomeno da chiarire sia "psico-socialmente sensibile", come può essere la percezione sociale del ruolo del giudice e degli apparati giurisdizionali

La *legal culture* e sue specifiche modificazioni, fungono, in questo caso, da cruciale termine di mediazione tra mutamento sociale e mutamento giuridico, rendendo possibile la tras migrazione delle aspettative di regolazione del conflitto in fase, dal Welfare State declinante verso il giudice.

Ma cosa significa *legal culture*, cosa può spiegare questa categoria, come deve essere utilizzata in riferimento agli obiettivi specifici del mio studio?

Per una precomprensione concettuale di quella formula è d'obbligo partire da lavoro dello stesso Friedman. In verità volendo risalire nel tempo, già a partire dagli studi fondamentali di Weber sul ruolo svolto dai notabili giuridici e dai giuristi di professione nell'indirizzare il mutamento del diritto (78), e che in alcune accezioni, comprende anche l'insieme delle tecniche di interpretazione usate dagli operatori del diritto nonché gli interessi particolari del ceto dei giuristi, si ravvisano "tracce" di *legal culture*. Per una caratterizzazione analitica della categoria di *legal culture*, bisogna però riferirsi necessariamente ad elaborazioni più recenti, pure debitrice dell'insegnamento weberiano.

Nella riflessione friedmaniana, la *legal culture* consiste, ad un lato livello di astrazione, del complesso di idee, attitudini, valori, opinioni, credenze intorno al diritto possedute dalla società. Idee ed attitudini influenzano il comportamento legale soprattutto il livello di domande rivolte al *legal system*. La *legal culture* è dunque un *network* di valori ed attitudini che determinano quando, perché e dove, la collettività si rivolge al diritto al governo o a nessuno. Si tratta di un concetto fondamentale per comprendere lo sviluppo del *legal system*. Friedman sostiene che vere configurazioni di base si trovano nella distribuzione di quelle idee e quei valori, configurazioni che rendono possibile la misurazione del fenomeno e sue generalizzazioni. È poi possibile, secondo Friedman, distinguere una *internal legal culture* da una *external legal culture*. Nel primo caso il *network* di valori e attitudini appartiene agli operatori del diritto, nel secondo caso al resto della società.

Questa lettura, estremamente semplificata, va ovviamente inserita nel contesto originario nel quale germina. Il riferimento è qui al noto libro di Friedman, dedicato al sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali (79), in cui lo studioso americano rappresenta il sistema giuridico come un particolare sistema di azioni sociali che recepisce istanze e informazioni (*inputs*) ed emette decisioni (*outputs*), a loro volta produttrici di effetti collaterali (*feedbacks*) sul sistema stesso o su sistemi collegati. Le decisioni, che il sistema giuridico produce attraverso la sua "struttura" istituzionale (legislatori, giudici) e basandosi sulla propria "sostanza" normativa, hanno natura soprattutto "allocativa" in quanto mirano a distribuire risorse materiali o simboliche caratterizzate da scarsità fra un numero di pretendenti superiore alle possibilità di soddisfacimento. Ora, tanto il flusso di *inputs* quanto il processo che è indirizzato alla produzione di *outputs* viene analizzato da Friedman soprattutto in termini di *legal culture*.

Di questo concetto l'autore offre varie definizioni, descrizioni e precisazioni, sia nell'opera citata sia in altre successive, tanto da offrire il fianco a critiche di carattere analitico, come quelle di Roger Cotterell (80). Lo studioso britannico rimprovererà a Friedman di aver offerto troppe definizioni del concetto di cultura, alcune di esse sin troppo vaghe, così da renderlo inapplicabile ai fini della costruzione di ipotesi empiriche, e contrappone alla nozione di cultura giuridica quella di "ideologia giuridica" (81).

Tuttavia, dall'impianto generale della teoria friedmaniana emerge un significato prevalente e sicuramente fertile di *legal culture*, laddove essa va a coincidere precisamente, da un lato, con quelle istanze sociali di tipo normativo che mirano ad ottenere accoglimento da parte del sistema; dall'altro lato, con quel complesso di valori, principi e concetti cui s'ispirano quegli attori sociali che, in veste di operatori del diritto, emettono le corrispondenti decisioni. L'un tipo di *legal culture* - quello sociale generico - è definito da Friedman "*Legal culture* esterna"; l'altro - quello proprio degli operatori giuridici -

è, di fatto, una subcultura nel senso tecnico-sociologico della parola ed è da lui definito "*legal culture* interna".

In questa sede, pur riconoscendo i meriti fondamentali della lezione di Friedman, in specie la funzionalità euristica della prospettiva "culturale" nell'analisi socio-giuridica, ritengo che la categoria di *legal culture* debba essere definita secondo una tipizzazione più flessibile (82), una nozione che senza ricorrere a schemi rigidamente dicotomici, eviti di considerare il riferimento al diritto come legato in modo unidirezionale a certe coppie di variabili soggettive (giuristi, pubblico) quantitative (legame forte, legame debole col diritto) e valutative (ideologicità, non ideologicità), diversamente dall'analisi di Friedman. Cultura giuridica allora, come quell'insieme di opinioni, convinzioni, norme, valori che, all'interno e all'esterno dell'ordinamento giuridico, ma comunque in riferimento ad esso, viene utilizzato da certi attori nell'ambito di un certo aggregato sociale per stabilire i criteri di interpretazione di determinati oggetti, selezionarne gli aspetti rilevanti, definirne il senso. Con le parole di David Nelken,

"Legal culture, in its most generale sense, is one way of describing relatively stable patterns of legally oriented social behaviour and attitudes. The identifying elements of legal culture range from facts about institutions such as the number and role of lawyers or the ways judges are appointed and controlled, to various forms of behaviour such as litigation or prison rates, and, at the other extreme, more nebulous aspects of ideas, values, aspirations and mentalities. Like culture itself, legal culture is about who we are not just what we do" (83).

Come può essere utilizzata questa nozione flessibile di *legal culture* ai fini della spiegazione del fenomeno della trasmutazione delle aspettative e dunque della giuridicizzazione?

È possibile dire che la forza sociale (parabola Welfare State) preme sul sistema giuridico trasformandolo in primo catalizzatore di istanze di conflittualità sociale, allorché la cultura giuridica viene intensamente modificata da fenomeni come l'uso del diritto come *medium* (giuridificazione delle sfere sociali) nonché dall'incidenza di alcune variabili socio-culturali macro (l'ascesa della *horizontal society*). Nel nostro caso questo cambiamento produce un intenso cambiamento nelle attitudini, nelle aspettative, nei desideri della collettività rispetto al diritto, convertendo le aspettative frustrate dal Welfare State circa la regolazione della conflittualità sociale, in un nuovo "prodotto": due "super principi" culturali, due *clusters of expectations*(84): *l'aspettativa generale di giustizia e l'aspettativa generale di ricompensa*, questi due *clusters* sussumeranno in sé le aspettative generate e frustrate dal Welfare State biopolitico, aspettative che verranno indirizzate verso il giudice.

La questione fondamentale è, a questo punto, capire le caratteristiche di questa nuova *legal culture*, storicamente determinata nella sua evoluzione, di questo cambiamento circa la definizione di "legale" nell'animo delle persone, del livello delle aspettative pubbliche in relazione a ciò che è possibile, naturale, fattibile attraverso il diritto e il giudice, modificazione che porterà a quella conversione, alla costruzione dei due *clusters* che questi sì, renderanno possibile la trasmutazione.

I *clusters* di questa evoluzione rappresentano però solo l'esito ultimo, bisogna cercare di capire il *background* di tali conseguenze. Si può sostenere che alla base dell'evoluzione della *legal culture* soggiacciono diversi fattori. Il primo è senz'altro lo stesso fenomeno della giuridificazione del sociale: la moltiplicazione qualitativa e la differenziazione qualitativa del diritto, conseguente al suo utilizzo come *medium*, come codice per la formalizzazione biopolitica, ha indotto la percezione, proprio mentre il Welfare State biopolitico iniziava la fase discendente della sua parabola, che il diritto potesse e dovesse ingerirsi di ogni aspetto della vita sociale, e che fosse capace sempre e comunque di offrire soluzioni. Il *legal framework*, che si viene a creare con la giuridificazione del sociale, relativo alla elaborazione di una cornice cognitiva rispetto alla quale pratiche sociali e comportamenti individuali che diventano comprensibili in base al loro coefficiente di *indicalità* (85), al loro essere vincolati a quel preciso *frame* giuridico all'interno del quale inquadrare la *forma di vita*, induce nella collettività la convinzione che tutto possa essere "pensato" attraverso il diritto, in conformità agli standard giuridici. Ma il fenomeno della giuridificazione non basta a spiegare l'evoluzione della *legal culture*, incidono altri fattori in un certo senso esogeni a determinare quelle variazioni per noi salienti, fattori di tipo strettamente culturale.

E' dunque verso l'esterno del sistema giuridico che bisogna ancora una volta guardare per comprenderne l'evoluzione, bisogna guardare a certe caratteristiche della società contemporanea.

Tratto costitutivo della società contemporanea, secondo Friedman, è il suo carattere *orizzontale*: è, infatti, una società in cui le concezioni tradizionali (verticali - frutto, cioè, di un ordine quasi deterministico e non modificabile da parte del singolo individuo) dei rapporti personali, familiari, sociali, politici si dissolvono o si indeboliscono nettamente, a favore di una rete di rapporti orizzontali, nei quali è determinante il fattore della scelta individuale (scelta del coniuge, del luogo in cui vivere, della nazione in cui riconoscersi, dell'identità personale, sessuale o politica con cui ci si offre al mercato delle relazioni sociali). Una cultura talmente pervasiva - quella della società orizzontale - che anche chi si oppone ad essa, anche chi cerca di farsi promotore di un utopico anti-modernismo fondamentalista non può fare a meno di usarne il linguaggio e gli strumenti.

La società orizzontale, che si contrappone alle società tradizionali in cui i rapporti di autorità erano rigidamente gerarchizzati, muove da un'esigenza egualitaria indotta dalla constatazione degli squilibri che contraddistinguono, sovente in misura assai pronunciata, la distribuzione del *chances* di vita in società. Che il singolo venga prima della collettività, e dunque la dimensione individuale prima di quella sociale, dimostrando la subordinazione della seconda alla prima, è carattere precipuo della società orizzontale. La società è, infatti, il mezzo di cui l'individuo si serve in funzione di esigenze particolari che non potrebbe soddisfare individualmente. La società viene *funzionalizzata*: diventa il veicolo delle molteplici conoscenze, capacità e volontà disperse nella generalità degli individui, le quali, attraverso un processo non intenzionale, mettono ciascuno in grado di raggiungere i propri fini, generando l'ordine spontaneo della società.

La società moderna è orizzontale perché l'identità è molto più orizzontale: gli individui (ovviamente alcuni più degli altri) sono molto più liberi di instaurare relazioni collocabili su di un piano di uguaglianza, ponendo grande enfasi sulla libertà individuale di scelta. Le identità verticali si sono allentate sono diventate meno tiranniche meno pressanti. Le comunità possono essere fluttuanti parziali, in una parola: orizzontali. Si tratta dunque, di una transizione dall'identità verticale ad una orizzontale. Ovviamente si tratta di una transizione relativa: le vecchie istituzioni verticali sono ancora tra noi. Il potere, l'autorità, l'influenza sono diventati relativamente più orizzontali, non assolutamente.

Questo passaggio relativo da verticale ad orizzontale appare evidente nelle società occidentali tecnologicamente avanzate, ma che cos'è che lo ha causato?

Ovviamente si tratta di una tendenza di lungo periodo, un processo lento e profondo. Un ruolo fondamentale è svolto dal processo di *modernizzazione*, ovverosia dalla crescita e diffusione di un'insieme di istituzioni fondate sulla trasformazione dell'economia da parte della tecnologia (86).

La modernizzazione intesa come un processo di connessione, un processo che lega le piccole "*unità molecolari della vita umana in unità più grandi*" (87). Con il progredire del processo di connessione il legame "tra atomi e molecole" diventa più debole. Quando viene rotto l'isolamento le unità sociali, le molecole che compongono la vita umana, tendono a comporsi in un nuovo ordine, in tale processo si crea la società orizzontale dove l'identità individuale e di gruppo muta significativamente, diventa problematica. Diventa una questione di *scelta*.

I sentimenti di identità, in tale mondo orizzontale, sono complessi, e sembrano, a prima vista, spingere contemporaneamente in più direzioni. C'è più individualismo, più scelta, una sempre maggiore cultura della personalità, dell'appagamento personale e dell'autorealizzazione.

Anche l'autorità assume un nuovo significato in una società orizzontale. L'autorità non è più attribuita ai detentori del potere verticale, quantomeno non nella stessa misura. Essa è più diffusa, è orizzontale.

La tesi che sostengo è che la *legal culture* come segmento della cultura in genere, sia stata penetrata dalla *logica orizzontale*, sia stata in un certo senso "orizzontalizzata". Il rapporto col diritto diventa un rapporto diverso rispetto al passato. Il diritto in una società orizzontale, in cui il primato della *scelta* è indiscutibile, in cui i vincoli delle autorità verticali si indeboliscono progressivamente, è uno strumento sempre accessibile, sempre attivabile per la regolazione delle proprie pretese. Il diritto viene assunto come principio organizzativo attraverso il quale i singoli individui entrano in rapporti reciproci (88): riducendosi la vincolatività dei legami verticali, il diritto diventa chiaramente un dispositivo preferenziale di regolazione delle azioni sociali. L'individuo isolatamente considerato assume come punto di riferimento l'ordinamento giuridico, mentre la società appare solo nella trama dei rapporti che si istituiscono mediante il diritto: la società cioè, viene identificata con l'istituzione giuridica.

La transizione è dunque, da una *legal culture* tendenzialmente verticale, dove il giudice rappresentava

un riferimento esterno nonché *extrema ratio* nella regolazione della conflittualità sociale, ad una percezione del giudice come unico depositario della strumentazione idonea a ricevere istanze sociali e regolarle. La giuridificazione estendendo il campo del "giuridicamente rilevante" ad ogni sfera sociale, aveva da parte sua, reso proceduralmente e sostanzialmente possibile rivolgere al giudice ogni pretesa regolativa, relativa a qualsivoglia dimensione delle relazioni umane. Con il mutamento della *legal culture* questa traduzione in termini giuridici diventa condizione per la trasmigrazione delle aspettative dal Welfare State declinante al giudice, e dunque per la giudiziizzazione.

Rispetto al mutamento della *legal culture* bisogna essere più analitici. Le aspettative generate dal Welfare State biopolitico circa la gestione della conflittualità sociale, possono trasmigrare verso il giudice una volta frustrate dal deperimento dello stesso Welfare State, previa modificazione della *legal culture*, più precisamente l'affermarsi della *legal culture orizzontale* rende possibile la trasposizione di quelle aspettative in due contenitori, due *clusters*: *l'aspettativa generale di giustizia* e *l'aspettativa generale di ricompensa*. I due *clusters*, consistono nella rappresentazione perspicua della *legal culture* orizzontale. Il primo, più precisamente, rimanda all'aspettativa generale del cittadino di un *giusto* trattamento in ogni circostanza. La giustizia è ottenibile ovunque in qualsiasi contesto di vita associata. Si tratta di un'aspettativa generalizzata e pervasiva di *fairness* sia sostanziale che procedurale.

La seconda aspettativa generalizzata, richiama invece il principio in base al quale qualcuno pagherà comunque per danni causate a cose o persone. È possibile rivolgersi al giudice immediatamente (nel senso letterale di "elusione" di ogni forma di mediazione), avanzare la pretesa "orizzontale" di intervento, aspettandosi ulteriormente la "ricompensa"

Il giudice rappresenterà in sintesi, *l'alternativa*, al fallimento del Welfare State biopolitico, solo una volta che la percezione socialmente diffusa del suo ruolo sarà mutata.

3. Giudiziizzazione del sociale: profili, problemi, prospettive

Vengo finalmente, alla conseguenza fondamentale della trasmigrazione delle aspettative: la trasformazione strutturale e funzionale degli apparati giurisdizionali.

Con l'ascesa del Welfare State biopolitico, la produzione normativa ha sensibilmente modificato la propria *natura* rispetto a quanto accadeva nei sistemi rappresentativi classici. L'eccessiva produzione di norme, ovverosia l'inflazione legislativa valutata in riferimento al ritmo di accrescimento dei benefici prodotti, nonché la nuova *funzione* della norma giuridica (promozionale, materiale ecc.), hanno influenzato e continuano tuttora a condizionare la modalità di *intervento del giudiziario* che si colloca ora, tra una concezione esecutoria ed una valenza politica delle decisioni. L'accesso al *judicial review* diviene uno strumento di partecipazione al processo politico consentendo indistintamente agli attori sociali interessati di prendere parte, anche se in modo alternativo, ai canali istituzionali e all'elaborazione delle domande politiche.

Per potersi parlare però di *giudiziizzazione sociale* questa spiegazione, seppur utile, è insufficiente. L'equazione più norme uguale più intervento giudiziale, dal punto di vista sociologico-giuridico è lettura riduttiva. Bisogna considerare e soffermarsi invece, su fenomeni concorrenti e interagenti come la modificazione della *legal culture* e la trasmigrazione delle aspettative. Solo così si può dare "profondità" sociologica all'analisi del mutamento giuridico.

Con questa prospettiva è possibile dire che con la giudiziizzazione, in prima approssimazione, la funzione giudiziaria dilata le sue funzioni e la sua creatività normativa in modi che non erano previsti dalla posizione che le era stata assegnata originariamente nella divisione dei poteri, prima ancora muta la sua funzione, in senso qualitativo, assurgendo il giudice a catalizzatore di istanze sociali plurime e disperate, che non trovano accesso ai canali istituzionali tradizionali.

Ulteriormente, si verifica una progressiva trasposizione di ogni problema sociale in termini *giudiziari*: criteri di razionalità, procedure, strutture ecc., per l'interpretazione e gestione di fenomeni sociali più o meno complessi, sembrano apertamente ispirarsi dall'azione del giudice e dell'istituzione che rappresenta. Infine, si assiste a quella particolare osmosi tra il mondo del giudice e quello della politica,

la cui analisi, limitatamente a certi aspetti, rappresenta l'ultimo obiettivo (ed in certo senso di secondaria importanza) di questo studio.

Questa articolata trasformazione quantitativa e qualitativa circa la giustizia moderna, non è fenomeno congiunturale, ma, come emerge dalle pagine precedenti di questo studio, intimamente legato allo sviluppo di fenomeni socio-politici propri delle democrazie occidentali.

Il dispiegamento fino al suo limite massimo della giuridificazione rende più fragile il legame sociale, acutizzando i conflitti. La parabola del Welfare State, depone ogni autorità tradizionale, scuote l'organizzazione spontanea delle società e mina l'ordinamento gerarchizzato che limitava il conflitto sociale. La società giuridicamente colonizzata, scioglie il legame sociale e lo ricompone artificialmente, attraverso l'azione del giudice. Questi è condannato a fabbricare ciò che una volta era dato per tradizione, religione costume. È costretto ad *inventare l'autorità*.

I prossimi paragrafi sono destinati a descrivere analiticamente questi livelli dell'articolato fenomeno della giudiziizzazione, declinata alla crisi del Welfare State biopolitico, e di alcune delle sue differenti e intense conseguenze sulla struttura sociale delle democrazie occidentali.

3.1 Giudiziarizzazione: una precomprensione concettuale e storica

In generale la presenza di istituzioni deputate a risolvere i conflitti che non riescono ad essere negoziati in modo autonomo dagli interessati, è ritenuta una condizione necessaria affinché una *polis* non sia danneggiata o addirittura impedita nelle sue funzioni collettive. (89)

L'amministrazione della giustizia va annoverata necessariamente tra questi mezzi specifici, essendo quel

"complesso di strutture, procedure, ruoli mediante i quali il sistema politico, di cui quello giudiziario è un sottosistema, soddisfa una delle funzioni essenziali per la sua sopravvivenza: l'aggiudicazione delle controversie sull'applicazione concreta delle norme riconosciute dalla società" (90).

I sistemi giudiziari, come sistemi primariamente deputati a risolvere i conflitti, sono delle organizzazioni complesse, la cui struttura tende a riflettere disparate trasformazioni sociali *di contesto*. Un primo elemento di complessità deriva dal loro essere generalmente molto articolati sul territorio, dando luogo ad una frammentazione variamente accentuata dei centri decisionali, ovverosia dei singoli organi giudicanti, gerarchicamente coordinati. L'esigenza poi, di fornire risposte modellate sui caratteri specifici delle controversie costituisce una seconda caratteristica "interna" dei sistemi giudiziari. Un'altra componente ricorrente dei sistemi giudiziari, è la "funzione" del procedimento giudiziario: risolvere, mediante aggiudicazione, non solo controversie private ma anche conflitti che chiamano in causa interessi di ben più ampia portata, per tramite della parola ufficiale, strutturante e simbolicamente densa del giudice.

Al di là di questo profilo estremamente generale, che trova applicazione in gran parte dei paesi occidentali moderni, la struttura del sistema giudiziario presenta numerose differenze significative, passando da un parallelo all'altro del globo. Tra queste, il grado di frammentazione delle competenze giurisdizionali, i rapporti intercorrenti tra i vari livelli che formano la piramide giurisdizionale, le modalità di accesso alla giustizia, il contesto socioeconomico, la cultura politica ecc.

Il sistema giudiziario, ad alto livello di astrazione, appare per le sue stesse "invarianti" strutturali (articolazione su territorio, gerarchia, gestione dei conflitti sociali dichiarati ecc.) inevitabilmente sensibile a mutamenti sociali e politici, caratterizzandosi normalmente per una strutturale capacità di catalizzare le istanze sociali e di modificarsi, nel lungo periodo, coerentemente ad esse. L'espandersi e il diversificarsi dell'intervento legislativo welfarista, il progressivo riconoscimento di nuovi diritti e la inedita domanda di giustizia, per esempio, tendono a riflettersi in maniera quasi diretta, sui sistemi giudiziari, modificandoli in struttura e funzione.

Sono diverse le ragioni che rendono il sistema giudiziario così sensibile a quei fattori, inducendo quelle profonde modificazioni strutturali e funzionali. Probabilmente oltre che per le invarianti strutturali, è proprio per le sue caratteristiche *sostanziali*, come ad es. il divieto di *denegata giustizia*, che impone che una risposta alle domande del cittadino vada comunque data, che il sistema giudiziario appare così

ricettivo e sollecitabile da fattori che possono collocarsi nella sfera dell'organizzazione sociale, politica e amministrativa. Bisogna contestualmente ricordare, come le varie determinanti socio-politiche possano contribuire alla trasformazione dei sistemi giudiziari per il tramite della modificazione della *legal culture*, come già visto nelle pagine precedenti. Il cambiamento degli atteggiamenti individuali e collettivi nei confronti della giustizia, può contribuire, congiuntamente ad altri fattori a modificare profondamente il giudiziario. Lo sviluppo di una domanda di giustizia sempre più pervasiva, caratteristica dei sistemi democratici contemporanei, effetto del fenomeno della tras migrazione sopra analizzato, non può quindi non comportare alterazioni importanti nella struttura e nella funzione del giudice. La *sete di diritti* individuali e collettivi, determinata dall'affermarsi dello stato sociale e dalla sua eclissi, piuttosto che dal consolidarsi della *società orizzontale* (91), si rivolge sempre più ai tribunali per poter essere appagata, per far valere pretese che altrove non hanno trovato soddisfazione, inevitabilmente trasformando le modalità di ricezione, trattamento e risposta giudiziaria, a tale domanda.

Fatta questa breve premessa, che si limita in maniera forse banalizzante a spiegare la sensibilità del giudiziario a fenomeni sociali, è necessario presentare qualche nota introduttiva sulla giudiziariizzazione, nelle sue declinazioni "classiche".

Nell'introduzione al volume *The Global Expansion of Judicial Power* (92), i curatori sostengono che la *judicialization*, consiste di quel complesso di trasformazioni strutturali e funzionali cui va incontro il sistema giudiziario per il concorso dei vari fattori socio-politici sopra sinteticamente enumerati, è una delle tendenze più significative delle istituzioni del XX secolo. Torbjorn Vallinder (93) individua due significati del termine *judicialization*: espansione dell'ambito di intervento delle corti di giustizia a spese di politici o amministratori; diffusione dei metodi di decisione giudiziaria al di là dell'ambito propriamente giudiziario. A sua volta Neil Tate (94) passa in rassegna quelle che egli individua come le condizioni politiche che favoriscono la *judicialization*: un ordinamento democratico; il principio di separazione dei poteri; politica del diritto fondata su di una costituzione scritta; utilizzo dell'azione giudiziaria massiva da parte di gruppi che non si sentono politicamente rappresentati; ricorso alla giustizia da parte di minoranze politiche; inefficienza delle istituzioni democratiche; deliberata delega delle istituzioni di maggioranza.

Il processo di *giudiziariizzazione* consiste, in queste analisi ormai classiche, in un'espansione degli ambiti decisionali in cui i giudici intervengono, un allargamento delle materie oggetto di decisione giudiziaria ma anche dei tipi di procedimento giudiziario, processo le cui determinanti appaiono svariati fattori macro e di lungo periodo di carattere socio-politico. Fra questi, in questa sede si possono considerare, il crescente intervento pubblico nella vita sociale ed economica e le sue derive involutive (Welfare State biopolitico e suoi processi critici) nonché un'evoluzione degli atteggiamenti dei cittadini che mette un forte accento sui diritti individuali (*legal culture*).

Con la giudiziariizzazione, il sistema giudiziario va ad attirare domande che provengono dall'ambiente sociale, per porsi come un'efficace arena alternativa ai circuiti politici tradizionali. Interessi individuali e collettivi frustrati nelle arene politiche possono, infatti, invocare l'intervento del giudice per tentare di ottenere in questa sede ciò che è stato negato loro, in altre sedi istituzionali. In questo modo le corti divengono un canale di articolazione delle domande in grado di funzionare quando altri canali, per ragioni diverse, risultano ostruiti o comunque non percorribili (95).

3.2 Giudiziariizzazione del sociale: aspetti qualitativi e quantitativi

Con la giudiziariizzazione, il giudice diventa una sorta di *factotum* istituzionale (96) la cui funzione sembra essere non solo e non più, la composizione delle dispute ma anche risolvere problemi che le altre istituzioni non hanno ancora affrontato o che hanno trattato in modo insoddisfacente. La tendenziale *ubiquità* del sistema giuridico e la parallela espansione delle competenze del giudice rappresentano la conseguenza più evidente, ma non la sola, del verificarsi delle macro-trasformazioni sociali ampiamente discusse nei paragrafi precedenti.

L'aspetto cruciale di questa trasformazione che coinvolge il *legal system*, in specie il sistema giudiziario, appare legato all'impianto dell'atto normativo giuridico, già mutato con il funzionamento "fisiologico" del Welfare State. La legge utilizzata per sollecitare e guidare lo sviluppo socioeconomico, acquista, come detto nelle pagine precedenti, una funzione promozionale e strumentale, con la conseguenza di coinvolgere le corti in questa inedita funzione *regolativa*. Per affrontare la complessità

di nuovi settori di intervento che progressivamente emergono con gli sviluppi della società tecnologicamente avanzata, il legislatore ricorre spesso a clausole generali, che pongono vincoli più deboli di un tempo all'interpretazione giudiziale, deferendo al giudice potere decisionale nuovo. Non di rado gli obiettivi perseguiti vengono incorporati nel dettato legislativo, diventando vere norme di diritto positivo. Anche se l'indicazione esplicita delle finalità da realizzare può essere considerata un contrappeso al potere delegato del giudice, la conseguenza resta nondimeno quella di modificare il ragionamento giuridico e la logica delle decisioni. Il giudice è chiamato a scegliere tra soluzioni alternative possibili, immaginarne le conseguenze valutarle e prendere una decisione guardando al futuro, secondo una logica "prospettica".

La struttura sociale del processo egualmente muta. In passato l'accento era messo sul rapporto tra i due litiganti, depositari di interessi chiaramente delimitati e contrapposti. Con l'emersione del Welfare State, e soprattutto con la sua "crisi" biopolitica, il processo vede la presenza di una rete complessa di pretese e di interessi, dai contorni poco netti e nella quale il numero dei destinatari della decisione giudiziale, è incerto, proprio in forza della trasmigrazione delle aspettative.

La giustizia diventa partner quotidiano del processo politico nei suoi diversi segmenti: dalla formulazione delle politiche, attraverso il potere di interpretazione, sino alla messa in opera attraverso il controllo sugli atti amministrativi.

Gli organi giudiziari vengono ad occupare lo snodo nevralgico in un paesaggio sociale caratterizzato da contrastanti tendenze (97). Il giudice non si limita più a dirimere controversie, ma tende a risolvere conflitti che altre istituzioni pubbliche non percepiscono nella loro gravità o non riescono a gestire in maniera performante.

Il ricorso al giudice presenta d'altro canto per il cittadino utente delle istituzioni alcuni vantaggi comparativi rispetto alla domanda di intervento rivolta ad altri poteri: il potere giudiziario è meno invasivo più aperto più diffuso e meno discrezionale di quanto non siano i poteri propriamente politici. Ciò può spiegare perché l'intervento della magistratura abbia finito per assumere il carattere di un'azione attuata per colmare un vuoto politico e sia stato spesso interpretato come un attacco diretto al legislatore da parte dei giudici.

L'aspetto più rilevante per il tema che qui sto affrontando sono però, le implicazioni e gli effetti sociali della crescita dell'attività giudiziaria e delle modificazioni qualitative delle sue caratteristiche. La crescita di rilievo delle decisioni giudiziarie tende, ad esempio, ad attirare verso il sistema sempre nuove e sempre più numerose domande (98), verificandosi simmetricamente un *aumento delle aspettative* del pubblico nei confronti dell'amministrazione della giustizia. Le aspettative trasmigranti dal Welfare State, a contatto col giudice si moltiplicano ulteriormente

Leggere però il fenomeno di espansione del potere giudiziario in termini generali di dinamica socio-politica, come un "supporto" funzionale per un sistema in difficoltà ad elaborare risposte performanti alle istanze sociali, appare necessario ma non sufficiente.

Nella mia prospettiva è da privilegiare ora, la considerazione di una dimensione specifica della giudiziarietà, bisogna capire come il "successo" dell'istituzione giudiziaria sia legato a nuovi percorsi e bisogni giuridici che si vanno producendo in società a partire dalla crisi biopolitica welfarista, e che richiedono una nuova articolazione istituzionale, frutto di un riassetto della sfera politico-istituzionale, dimensione che posso definire *giudiziarizzazione del sociale* (99).

In prima approssimazione, questo fenomeno è descrivibile come l'adozione "su larga scala" di strumenti interpretativi della realtà e strategie di azione, interamente ed esclusivamente giudiziari e nella trasposizione - sempre sul piano giudiziario - di esigenze collettive, pretese sociali, controllo del dissenso ecc. La valutazione politica, o anche semplicemente critica, di fenomeni sociali, segue oramai canoni interpretativi esclusivamente giudiziari, sottoponendo al processo ed alle sue regole la verità di ogni affermazione. Al diritto ed all'azione giudiziaria si ricorre massivamente, comportando la costruzione di modelli processuali e fattispecie sostanziali *attivi* fuori delle aule di tribunali.

Nello stato post-welfare il rafforzamento della giurisdizione, e la fuoriuscita dalle aule di tribunale delle categorie del *giudiziaro* sono due elementi di straordinaria novità.

L'"immigrato", il "recidivo", il "nemico", il "tossicodipendente", il "tifoso", il "mafioso", il "colletto bianco", la "vittima" l'"islamico" ed i loro statuti giuridici personali irrompono nel procedimento e nel processo,

conformando le regole di valutazione della realtà e persino la sanzione e riproponendo, proprio nel "santuario" delle neutralità e delle eguaglianze, la carica di conflitto che si accompagna alla loro emarginazione sociale. L'azione giudiziaria si trova, para-dossalmente, invischiata in una politica necessaria, che tuttavia neutralizza e non esalta la discrezionalità, addomesticando le decisioni e divenendo luogo obbligato di attuazione di una politica della disuguaglianza sociale.

Se oggi al protagonismo della giurisdizione è affidata la capacità di riallocare nel presente le previsioni legislative (100), quasi ridefinendole, affermando le *ragioni del presente* (101) in un contesto giuridico fluido, mutevole e multipolare, la giudiziarietà del sociale rappresenta il suggello indiscutibile di quel protagonismo. In questo primato della giurisdizione il diritto si ripresenta di continuo nelle vesti di specifiche *esperienze* giuridiche, diventa *spazio di esperienza* che assorbe l'idea di diritto in quanto *spazio di aspettativa* (102), mentre il giudice aspira ad essere una delle figure cardini dell'organizzazione sociale. La giudiziarietà del sociale è l'ascesa solenne della giurisdizione ad istituzione "paradigmatica" (103), verificandosi una progressiva diffusione dei criteri organizzativi della logica giudiziaria, in sintesi dei propri moduli generali (in specie quelli *adversarial* basati su conflitto e negoziazione), come nuovi moduli di organizzazione del potere pubblico in genere, di più: come modelli di regolazione della sfera sociale tutta.

Si può così assistere, al diffondersi continuativo e apparentemente inarrestabile sia di istituzioni animate da una logica giudiziaria (come le autorità indipendenti), sia di una logica di interpretazione e intervento, in relazione ai più disparati bisogni sociali, frutto di una trasposizione delle categorie giuridiche/giudiziarie in ambiti tradizionalmente a queste estranei.

Se con la giuridificazione si affermava un *legal framing*, con la giudiziarietà si afferma lo *judicial framing*: l'interpretazione di fenomeni sociali attraverso la loro trasposizione nel mondo del processo (fatto di giochi a somma zero, di codici binari, iper-proceduralizzato).

Alla fine di questa "evoluzione", il diritto e la giustizia avranno fornito alla democrazia il suo nuovo vocabolario: *imparzialità, procedura, trasparenza, contraddittorio, neutralità, motivazione* (104) ecc.

Il successo del giudiziario quindi, intercettando felicemente macro-cambiamenti socio-politici in atto, "sfruttando" il progressivo dissolvimento di una concezione rigida del diritto in una concezione più fluida e rarefatta (già analizzata), non corrisponde semplicisticamente all'aumento esponenziale di materie regolate dal giudice, ma è propriamente configurabile come esportazione della "*forma mentis*" giudiziaria, dei suoi canoni, della sua logica, al di fuori delle aule dei tribunali.

Il cambiamento coincide, come già detto, con una profonda crisi della concezione del diritto, dei suoi elementi costitutivi, che ne determina il graduale svuotamento di senso normativo, crisi iniziata già con la giuridificazione.

Da una parte, il diritto subisce la concorrenza di moduli giuridici *soft* meno imperativi e rigidi, dall'altra le norme chiare e certe non hanno più valore autonomo e indipendente, dovendo inserirsi in un tessuto comunicativo-negoziabile assai complesso e mutevole che piega il significato della norma ai fini di ingegneria sociale o individuale. Dall'altra, la moltiplicazione della legge degrada verso forme legislative attenuate in efficacia, *soft* e negoziate, assistendosi ad un graduale processo di corrosione/flessibilizzazione e perdita di capacità normativa.

La giudiziarietà del sociale, può essere di conseguenza colta, anche se si presta attenzione alla situazione di profonda eterogeneità del tessuto giuridico post-Welfare State, che sempre più si trova a registrare la compresenza di elementi diversi per provenienza, modi di essere e funzionamento.

La moltiplicazione e diversificazione delle fonti, l'impossibilità di ascriverle ad un registro definitivo, di incardinarle in un ordine fisso di tipo gerarchico, creano un contesto in cui la giuridicità si ricompone se e nella misura in cui gli elementi eterogenei trovano sistemazioni più o meno stabili in un *tessuto connettivo* comune. Si realizza così un coordinamento di tipo reticolare tra le fonti, un coordinamento largamente guidato dall'attualità e dunque largamente imprevedibile nel suo dipanarsi.

Invece di operare attraverso durevoli sintesi semantiche, si danno continue situazioni di polisemia (105), di conflitto e concorrenza tra regole ed interpretazioni, fino a poter parlare di polisistematicità simultanee (106), segnate dall'intersezione dei poteri e dall'incastro di norme, in cui è come se l'imperativo funzionale del coordinamento prevalessse sull'esigenza logica della gerarchizzazione (107). Ciò che fa da sfondo a questa rarefazione-moltiplicazione del diritto è una situazione di sempre

maggior precarietà del suo tessuto connettivo, che solo in parte trova ancora il suo senso privilegiato in una grammatica unitaria affidata ai cultori del diritto ed ad operazioni di chiusura sistemica, ma in parte si affida piuttosto ad un flusso comunicativo continuamente aggiornabile e variabile. In altri termini il diritto, lasciando le sistemazioni di tipo rigidamente gerarchico, presenta la tendenza a strutturarsi come un linguaggio, dove le parole, pur se consegnate a significati, si ridefiniscono di continuo nei contesti della comunicazione, specie parlata, dove esistono maggiori possibilità di articolazioni, giochi, ironie ed effetti imprevisti. Questo linguaggio non appartiene più solo al microcosmo giudiziario, ma diventa il codice per la formalizzazione delle più disparate istanze sociali, orientando conseguentemente i dispositivi e le strategie di risposta alle stesse.

Nel complesso si può parlare a fronte di una moltiplicazione "materiale" del diritto, di una rarefazione dell'universo normativo, con l'insediamento del diritto in un flusso comunicativo continuo e multipolare che diventa in un certo senso di "dominio pubblico", come linguaggio preferenziale per esprimere e veicolare contenuti regolazione sociale.

Ciò produce il conseguente bisogno di fissare, all'interno di questo flusso, un senso normativo più definito: operazione che richiede opzioni e decisioni autoritative specie laddove insorgano conflitti, incertezze, bisogni applicativi (108). Insomma, in coerenza con un processo che sposta sempre più l'identità del diritto, che prima era affidata al momento genetico delle norme verso il momento applicativo, le sedi giurisdizionali assumono su di sé il compito di fissare quel senso, sia pure in forma né esclusiva né definitiva. Si crea, infatti, una situazione di vantaggio funzionale per la giurisdizione perché insorge il bisogno, laddove si registrino falle, contraddizioni, incertezze, di compiere operazioni di fissazione del senso giuridico, che pervengono in maniera privilegiata, seppure non esclusiva, ad istituzioni di tipo giudiziario.

Di fronte alla molteplicità ed eterogeneità materiale delle fonti, le istituzioni giudiziarie diventano una sorta di *metafonte* nella misura in cui sono in misura privilegiata per stabilire in maniera autoritativa nessi, rapporti gerarchici, connessioni, mediazioni tra segmenti di materiale giuridico eterogenei e provenienti da fonti disparate. La forza delle istituzioni giudiziarie appare allora, più la soddisfazione di esigenza di tipo funzionale, ossia il bisogno di arrivare a fissare dei punti fermi, che non un'intrinseca autorevolezza dell'istituzioni giudiziarie.

E qui il cerchio "si chiude": giudiziariizzazione del sociale, come traduzione della logica di interpretazione/intervento sociale in "termini giudiziari" incontra giudiziariizzazione come fenomeno quantitativo, come pervadenza del giudice.

La centralità acquisita dalla funzione giudiziaria indica dunque il senso del cambiamento giuridico in atto. Si passa da un modello segnato dalla centralità del legislatore Welfare State (*modello Giove*) alla centralità di un mondo giuridico variegato, complesso, mobile e molteplice (*modello Mercurio*), che trova nell'istituzione giudiziaria il proprio centro di gravità (109). Il giudiziario assume su di sé il compito di sostenere l'intera costruzione del diritto (*modello Ercole* (110)), di più si trova ad essere la fonte per l'elaborazione e delle istanze sociali nonché il canale di articolazione ed espressione delle stesse. In questa nuova struttura giuridica mobile e morbida, l'istituzione giudiziaria assume il ruolo di *istituzione-ponte*: svolge compiti di raccordo, lubrifica ingranaggi della comunicazione giuridica, sempre più modello per la "comunicazione sociale" in genere.

3.3 Giudiziariizzazione del sociale e crisi del Welfare State: effetti sugli equilibri politici e scenari emergenti

Come già sostenuto, il protagonismo dell'istituzione giudiziaria, nel senso della sua pervasività nella sfera sociale che, in un certo senso, al giudiziario viene "conformata", s'incrocia con ulteriori, importanti cambiamenti intervenuti nello scenario politico riguardanti il funzionamento delle democrazie occidentali.

In questa sede, più specificamente, è possibile leggere il fenomeno della giudiziariizzazione del sociale come progressiva integrazione della funzione giurisdizionale nell'universo delle relazioni politiche, sempre sullo sfondo di una profonda crisi delle istituzioni del Welfare State.

Si avvia una trasformazione che conduce verso una *politicizzazione del giudiziario* a fronte di una *giudiziariizzazione della politica*. Nelle democrazie occidentali infatti, l'ascesa del potere giudiziario

e l'abbandono della sua posizione speculare rispetto ai poteri politici, alterano l'equilibrio costituzionale statico costruito sul predominio delle maggioranze e mettono in moto un nuovo equilibrio di tipo dinamico, vicino all'idea dei *checks and balance* tra i poteri costituiti, nonché del giudiziario rispetto al potere politico (111).

Peraltro, la crisi del sistema politico (*stricto sensu*) post-welfare va letta in duplice senso: sia come crisi funzionale, sia come crisi di legittimazione (cfr. capitolo precedente). Di entrambi questi aspetti della crisi, che sembrano prestarsi bene a spiegare il ruolo accentuato delle istituzioni giudiziarie nei paesi europei a cultura giuridica continentale, conviene riprendere l'evoluzione, cercando di seguire gli sviluppi, fino ai più recenti cambiamenti provocati dalla giudiziizzazione.

La crisi si manifesta innanzitutto come crisi di funzionamento della macchina politica congegnata in senso rappresentativo, che costituisce il principio-architrave dell'organizzazione costituzionale: la crisi funzionale consiste nella sempre maggiore difficoltà di assicurare, attraverso i normali meccanismi rappresentativi, una risposta a tutti i bisogni che insorgono all'interno della vita associata. La difficoltà a praticare in sede parlamentare sintesi di interessi in società ad alta complessità e sempre meno omogenee, attraverso strumenti generali ed astratti come le leggi, porta ad espandere il ruolo della magistratura a cui viene sempre più spesso demandata la decisione finale da una legislazione *ad integrazione differita* (112). Le occasioni di coinvolgimento politico dei magistrati procedevano come l'ombra lunga di una sempre più manifesta crisi dell'istanza legislativa, come incapacità delle leggi di produrre sintesi di valori e di interessi credibili ed efficaci, di lunga durata e non bisognose di interventi.

Spesso, in passato, era la stessa magistratura che, di fronte all'inadempienza delle istituzioni politiche, si cimentava con decisioni di natura politica, svolgendo ciò che in Italia veniva identificato come una funzione di supplenza, e che altrove era più frequentemente chiamato "*governo dei giudici*": funzioni che richiamavano un ruolo "riformatore" della magistratura, volta a volta in veste redistributiva, equitativa, protettrice, punitiva.

Le polemiche politiche emerse sul tema del governo dei giudici e dei giudici-legislatori facevano cadere in penombra la *ratio* istituzionale che sottendeva la trasformazione: una *ratio* che conduceva la giurisdizione a diventare una *camera di compensazione* per la crisi della legislazione (113).

Questo processo istituzionale si accompagna ad una sempre più visibile rottura dell'ingegneria maggioritaria che faceva da sostegno alle democrazie rappresentative occidentali. Il protagonismo dei giudici sembra delineare un percorso ambivalente verso la democrazia. Per un verso, infatti, il risveglio del potere giudiziario avviene nell'ambito di un più vasto processo di crisi del *demos* che porta alla prevalenza del modello di democrazia maggioritaria verso la prevalenza di un modello di tipo consensuale (114). Senza entrare in un complesso dibattito sulla democrazia che ha nutrito molta letteratura e messo a fuoco tale passaggio nonché le sue luci ed ombre, basterà qui richiamata rapidamente come tale successione comporti il passaggio da un esercizio della democrazia a potere più concentrato, intento soprattutto a compito di governo, ad un esercizio della democrazia a poteri diffusi e condivisi, che prevede una più ampia compartecipazione al potere di gruppi di cittadini e persino di svariate forme di contropoteri (115).

Mentre la democrazia si ridefinisce in senso pluralista e partecipativo, nell'idea che poteri, idee ed interessi sono chiamati a confrontarsi, competere e contrattare sulle norme, l'ingresso del giudiziario nell'agone politico sembra dunque coerente con una trasformazione del processo democratico, che si affida sempre più a momenti di dibattito e confronto, che ci si aspetta producano risultati razionalmente accettabili, secondo gli assunti di quanto Habermas pone sotto l'etichetta di democrazia deliberativa. Attraverso la prevalenza del diritto giudiziario, via via che passa dalla democrazia governante alla democrazia deliberante, il diritto sembra puntare meno sul momento della volontà del legislatore e affidarsi di più a processi di confronto o mediazione tra esigenze o richieste sociali in conflitto.

Per un altro verso, tuttavia, questo percorso sembra espropriare sempre più il meccanismo democratico dei suoi connoti classici e consegnare volta a volta alcune delle sue competenze al giudiziario, ai processi di *lobbying*, alle autorità amministrative. Sembra insomma disegnarsi un paradossale percorso in cui la democrazia pare rafforzarsi attraverso meccanismi antimaggioritari e correttivi poco compatibili con il suo significato originario.

La dialettica maggioranza-opposizione, tradizionalmente guidata in Europa da forti appartenenze ideologico-politiche, poi approdata ad uno spettro più complesso di posizioni di tipo neocorporativo, che

sembravano riecheggiare al di qua dell'Atlantico la politica dei gruppi e del *lobbying*, che l'America ha conosciuto a partire dagli anni sessanta e settanta del secolo scorso, ha trovato riflesso in una parallela trasformazione e frantumazione dei pubblici poteri, che per l'Europa hanno avuto così una portata ben più dirompente. Tra l'altro, questa trasformazione ha trovato riflesso in una nuova configurazione di contropoteri, tra i quali va annoverata anche la presenza del potere giudiziario o almeno di alcune sue parti. La giurisdizione appare così sfuggire definitivamente alla sua tradizionale configurazione ancillare, per apparire sotto le nuove spoglie di un soggetto istituzionale che contraddice la tradizionale unità dello Stato e che, rompe la coerenza dei poteri statali che era rimasta fino ad allora intatta.

Mentre quei pilastri avevano cominciato a vacillare, la magistratura non aveva mancato di mostrare, sia pure in forma embrionale, alcuni tratti potenzialmente eversivi rispetto alla propria riducibilità ad una configurazione strettamente statale. Innanzitutto era emersa la sua vocazione ad essere potere diffuso e, come tale, tendenzialmente policentrico e propenso alla differenziazione: dunque difficilmente riconducibile ad unità, a dispetto dei legatari e nomofilattici. Altrettanto chiaramente si era profilato un altro suo tratto di invincibile diversità rispetto agli altri poteri statali: la sua posizione ambigua, collocata per tradizione dalla parte dello Stato, ma inesorabilmente esposta sul fronte della società civile.

La crisi delle istituzioni rappresentative di tipo "giacobino" conduceva ad un sistema politico tendenzialmente incline ad una significativa riduzione di distanze tra chi governa e chi è governato, ad una ridefinizione della logica dei confini e delle distanze che era propria del vecchio ordine costituzionale: confini e distanze, si potrebbe dire anche tra Stato e società civile.

L'irruzione dell'istituzione giudiziaria nella vita collettiva e nei "santuari del potere" è simbolo e segno anche di un corto circuito continuato che annulla molta della tradizionale separazione tra Stato e società civile, permettendo a quest'ultima maggiori occasioni di incontri ravvicinati con il potere statale. Ciò avviene innanzitutto per la particolare *esposizione sociale* che è propria dell'istituzione giudiziaria; essa, soprattutto ma non solo nella sfera civilistica, dipende da meccanismi di attivazione sociale: il suo ruolo è forgiato in misura consistente dalla propensione sociale ad indirizzare le proprie domande, questioni conflitti. Ma anche nella sfera penale, come si dirà più avanti, specie nei processi a più alta valenza simbolica, che, come Durkheim ha insegnato, hanno il potere di attivare rituali sociali e comunicazioni sui valori, l'istituzione giudiziaria possiede valenze comunicative di grande importanza.

Infine, la giudiziarietà della politica apre uno scenario di ridotte distanze tra governati e governanti: le corti sono spazi in cui la distanza tra istituzione e cittadini viene ridotta ed in cui la regola viene costruita attraverso una sinergia delle parti, che si produce anche attraverso il conflitto e la lotta (116). L'istituzione giudiziaria, infatti, è congegnata come istituzione molto più partecipata di quelle politiche poiché permette alle parti un protagonismo che non hanno nelle istituzioni rappresentative.

Il minor grado di identificazione con lo Stato potrebbe essere la chiave per comprendere la maggiore agilità istituzionale che ha rivelato la giurisdizione rispetto alle istituzioni a carattere rappresentativo, di fronte alla sfida della globalizzazione: sia la sua vocazione ad essere potere diffuso sia la sua potenziale vocazione ad essere contropotere avrebbero, infatti, conferito alla giurisdizione una posizione di vantaggio tra le istituzioni per avviarsi verso una configurazione globale, evitando di ingessarla in un'appartenenza statale troppo limitativa o in una scala gerarchica troppo rigida.

Vi è un secondo aspetto della crisi delle istituzioni rappresentative: quello che si identifica nell'indebolimento della legittimità delle istituzioni politiche, rispetto a cui viene in aiuto la previsione di un ruolo nuovo delle istituzioni giudiziarie, chiamate a svolgere una funzione di legittimazione ben più importante di quella che avevano nel vecchio stato di diritto. Il giudiziario verrà investito del compito di partecipare significativamente ai meccanismi di legittimazione, conquistando così il potere di far emergere eventuali deficit di legittimazione del potere politico.

Il percorso lungo il quale evolve questo nuovo ruolo delle giurisdizioni è il processo di *costituzionalizzazione*, ovvero il processo di accrescimento di importanza delle carte costituzionali che dispiega un duplice effetto sui poteri costituiti: impone principi ai quali i poteri debbono ispirarsi; espandere l'orizzonte visivo ed operativo dei magistrati declassando la legge da referente primo del magistrato a fonte tra le altre. Il potere giurisdizionale acquista così una nuova funzione, di supervisione dell'attività dei pubblici poteri.

Si sviluppa una nuova capacità di intervento particolarmente incisiva delle corti nel processo di legittimazione, ma anche, un'inversione di quella situazione in cui era la politica forte a legittimare un

giuridico ridotto alla sua proiezione: attraverso il circuito della costituzionalizzazione per il tramite del giudiziario, sarà ora il giuridico a legittimare una politica in crisi di autosufficienza.

La costituzionalizzazione crea una situazione dinamica in cui nell'istanza giurisdizionale si cumula un potere sempre maggiore di intervento, ma altresì un potere sempre maggiore di concorrere in maniera diretta o indiretta, a legittimare o delegittimare la politica, sulla base di standard costituzionale. Nell'incapacità dei meccanismi rappresentativi di assicurare sufficiente legittimazione all'insieme delle decisioni assunte all'interno dello stato, o da esso recepite, si aprono nuovi spazi per la giurisdizione. La legittimazione non si pone più come un dato acquisito in virtù di un mero procedimento, ma diventa un problema che accompagna la democrazia, una posta in gioco che si assegna volta a volta a seguito di competizioni. In tale competizione il giudiziario è avvantaggiato, in forza del rovesciamento della subalternità alla legge e della assunzione del ruolo di interprete privilegiato delle carte costituzionale.

Alla fine di questo processo, mentre di producono effetti pratici (redistribuzione potere politico) e simbolici ("controllo della virtù"), che modificano sensibilmente il quadro della legittimazione, piuttosto che verificarsi una chiara rilegittimazione del potere politico, si crea una situazione di *istituzionalizzazione del conflitto* tra poteri politici e giurisdizionale: una situazione, non priva di momenti di belligeranza, in cui la legittimazione è la posta in palio.

A determinare il successo dell'istituzione giudiziaria ha contribuito anche la capacità che essa ha dimostrato di misurarsi con i circuiti comunicativi che sono propri della società cosiddetta mediatica. Quello che appare evidente, come ultima considerazione, è l'acquisizione da parte della magistratura di un ulteriore nuovo ruolo: *mediatico* (117). Il ruolo del giudiziario nella comunicazione politica, rinvia a nuovi modi di stringere legami sociali, propri delle società globalizzante. Siamo di fronte ad un mutamento del ruolo del giudiziario che non è più solo interno al circuito delle relazioni politiche, ma coinvolge il legame con la società. Del resto di fronte alla crescente facilità di produzione dei beni, e alla crescente crisi del lavoro, inteso come funzione sociale, la vecchia interdipendenza durkheimiana di un legame sociale costruito essenzialmente sulle interdipendenze proprie della divisione del lavoro sembra ormai non corrispondere più allo stato delle cose: le nostre società sono molto meno a solidarietà organica e molto più fondate su comunanze di idee e stili di vita. Il legame sociale si fa sempre più immateriale e capace perciò di trascendere i confini di uno Stato o di una comunità.

3.4 Conclusioni provvisorie sulla giudiziarietà: magistrature del soggetto

La giustizia, potrei dire per concludere, si trova a svolgere una nuova funzione che, con Garapon, si potrebbe definire *magistratura del soggetto* (118). Le società moderne generano, di fatto, una domanda di giustizia qualitativamente e quantitativamente inedita. Si tratta contemporaneamente di una domanda di massa e massiccia; non solo la giustizia deve moltiplicare i suoi interventi, il che è già di per sé una sfida, ma è oggetto di nuove sollecitazioni. Che vengano discusse questioni di ordine morale, che le venga richiesto di compensare i danni provocati da un legame sociale indebolito presso individui esclusi, si pretende che sempre e comunque il giudice dica il giusto in una democrazia inquieta e disincantata. La giustizia è frequentemente chiamata a pronunciarsi sulla persona in sé, piuttosto che sui suoi diritti. Questa richiesta inedita apre un nuovo campo per la giustizia, sollecitando più una funzione *tutelare* che arbitrale.

In cosa consiste questa funzione? Il giudice deve sostituirsi all'autorità inadempiente per autorizzare un intervento negli affari privati del cittadino. Vengono meno dunque le mediazioni intermedie: l'azione esercitata sul soggetto non ha nulla di giuridico in senso stretto, il giudice professionalizza ciò che un tempo era regolamentato dalla vita sociale ordinaria. La giustizia cerca di reintrodurre le mediazioni mancate, crea artificialmente legame sociale.

La trasposizione dei problemi umani e sociali in termini giuridici ha causato guasti al legame sociale. Ciò che un tempo era spontaneamente e implicitamente regolato da costumi oggi è regolato esplicitamente e formalmente ad giudice. Ne consegue la già vista *giudiziarizzazione dei rapporti sociali*. Costretta a sua volta a giustificare ogni intervento, la giustizia deve lanciarsi in un processo infinito di enunciazione delle norme sociali, di definizione ed esplicitazione delle norme sociali che trasforma in obbligazioni positive ciò che fino ad ieri apparteneva alla sfera dell'implicito, dello spontaneo dell'obbligo sociale. Ma la magistratura del soggetto, se appare un nuovo dispositivo di

generazione di legame sociale si mostra altresì, paradossalmente, veicolo di produzione del conflitto.

Il diritto, attualizzato dal giudice, concepito come lo strumento che 'cura' e appiana i conflitti, è esso stesso (oggi più che mai) fattore che accentua e talvolta alimenta la conflittualità sociale. Porre l'accento sull'uso "giudiziario" che si fa del diritto, capace di produrre effetti ambivalenti, talvolta addirittura opposti ai fini per cui è stato progettato, prodotto e posto, richiama l'idea di un diritto pericolosamente ridotto a mera tecnica giudiziaria, ad una forma che sempre con maggiore difficoltà riesce ad aprirsi alla dimensione dei valori. Come scrive Zygmunt Bauman tentando di definire la categoria fluida della postmodernità:

"Le illusioni di cui si parla si riducono alla credenza che il "caos" che caratterizza il mondo umano sia solo una condizione temporanea e modificabile, che verrà prima o poi rimpiazzata dal dominio ordinato e sistematico della ragione. La "verità" è che il "caos" rimarrà nonostante tutto ciò che potremo fare o sapere, e che i modesti ordini e "sistemi" che foggiamo nel mondo sono fragili, effimeri, e altrettanto arbitrari, e alla fine casuali, delle loro alternative" (119).

D'altra parte, ridimensionare il ruolo del giudice riducendone l'invasività, è possibile solo iniziando a pensare un nuovo concetto di ordine, basato sulla negoziazione e sul consenso, sui reali bisogni sociali e individuali, si vedrà che questo progetto non è un'utopia.

4. Conseguenze di giuridificazione e giudiziizzazione del sociale: la colonizzazione giuridica della *Lebenswelt*

La colonizzazione giuridica della *Lebenswelt*, rappresenta (nella mia prospettiva) la conseguenza ultima della convergenza tra giuridificazione e giudiziizzazione sociale: la giuridificazione come processo di materializzazione del diritto comporta l'investimento di un *flood of norms* qualitativamente peculiare, sulla *Lebenswelt*, con la conseguente imposizione di una nuova razionalità nelle sfere "private" di interazione umana comunicativamente strutturate, con effetti devastanti per queste ultime. Contestualmente la giudiziizzazione del sociale, come utilizzo "su larga scala" di strumenti interpretativi della realtà sociale e strategie di azione, interamente ed esclusivamente giudiziari e nella trasposizione - sempre sul piano giudiziario - di esigenze collettive, pretese sociali ecc., contribuisce alla sterilizzazione della *Lebenswelt* nel senso della riduzione delle capacità di autoregolazione del sociale da parte del mondo vitale, ancorché del suo sviluppo. Mi appresto dunque a rielaborare gli esiti dell'indagine fin qui svolta, in termini habermasiani di colonizzazione giuridica della *Lebenswelt*, con l'obiettivo di rappresentare analiticamente certa parte, un piccolo frammento, degli effetti della regolazione della conflittualità sociale nelle società occidentali contemporanee, dominate dal diritto e dal giudice.

4.1 Habermas: dal sistema alla *Lebenswelt*

Che cos'è la *Lebenswelt* nella tassonomia habermasiana? Quali sono le sue origini filosofiche? A quale concetto analitico e a quale realtà empirica rinvia quel termine? Il concetto di *Lebenswelt* (che viene tradotto in italiano come "Mondo vitale" o più comunemente come "Mondo della vita") rimanda al pensiero di Edmund Husserl (120) e possiede nell'ambito della filosofia fenomenologica una caratteristica ambivalenza. Da un lato significa l'universo dell'autoevidenza, come fondamento antropologico di ogni determinazione nella relazione dell'uomo con il mondo e contraddistingue però contemporaneamente anche il mondo della vita concreto, visibile e pratico. Questa ambivalenza introduce una distinzione nel significato di *Lebenswelt* che separa nettamente tra un mondo della vita storico ed uno mutabile e storico, tra quello universale e quello concreto, tra singolare e mutabile storicamente. Diventando in questo modo contemporaneamente la base della critica e l'oggetto stesso dell'indagine. Su questa base attraverso l'uso e la tradizione si sviluppano differenti variazioni di significato del termine. Il mondo della vita può acquistare un significato dal punto di vista della teoria della conoscenza in una prospettiva ontologica, oppure indicare, ma nell'ambito del mondo individuale che noi esperiamo individualmente, la sfera autoevidente dell'agire tradizionale o anche comprendente l'ambiente socio-culturale già da sempre dato storicamente.

Dal punto di vista sociologico la *Lebenswelt* può anche essere considerata come fondamento per ogni conoscenza scientifica e può essere studiata nella sua struttura sia come l'insieme di mondi vitali storici presenti sullo sfondo sia come esperienza e percezione del senso del mondo condivisa da tutti gli uomini e precedente ad ogni altra esperienza. Alfred Schütz (121), ricollegandosi ad Husserl, introduce il concetto di *Lebenswelt* nell'analisi sociologica. L'ambiguità originaria del termine si ripresenta anche nell'uso quotidiano. La quotidianità, il mondo del "chiunque", va inteso nel senso della "realtà distinta" presente dinanzi a noi, che viene accettata in modo aproblematico e immediato. Rappresenta il fondamento non riflesso di qualsiasi avvenimento. La quotidianità è già da sempre riferita ad un mondo culturale intersoggettivo nel quale tutti fatti hanno una spiegazione (sono già interpretati), che rende possibile (perché ne conferisce il senso) l'azione e l'esperienza nel mondo quotidiano. Il tipo di esperienza della comprensione della quotidianità viene definita da Schütz come *common sense*, cioè la vita nella sua spontanea naturalezza.

Quotidianità, oppure *Lebenswelt* devono essere qui soprattutto considerati da un lato come costituenti il mondo del senso creato culturalmente e dall'altro lato come base per ogni percezione o comprensione di un dato ambiente socioculturale e delle conseguenti modalità di conoscenza. La quotidianità è quindi contemporaneamente oggetto dell'indagine e base ontologica per la critica di modalità alternative della conoscenza.

Nell'analisi habermasiana la categoria della *Lebenswelt* assume evidente centralità teorica perché inscindibilmente connessa all'indagine circa il significato teorico e funzione empirica della *razionalità comunicativa*. La *razionalità comunicativa*, intesa come *medium* della riproduzione simbolica, prima ancora come la situazione comunicativa ideale, nella quale il consenso è prodotto in modo argomentativo, con la partecipazione di tutti, in una posizione di eguaglianza, senza che la comunicazione venga né impedita né distorta da interventi esterni o da costrizioni insite nella struttura, necessita chiaramente di un "radicamento" sociale e culturale.

Non è pensabile che l'interazione comunicativa avvenga nel vuoto (122), che ogni volta si possa mettere in questione l'intera gamma dei significati e delle possibilità del mondo. In questo senso viene in rilievo la concezione della società come *Lebenswelt*. Il linguaggio e i modelli culturali ereditati dal passato costituiscono un patrimonio conoscitivo dal quale gli appartenenti traggono convinzioni di fondo che non vengono problematizzate, la *Lebenswelt* è dunque una riserva culturalmente tramandata e linguisticamente organizzata di modelli interpretativi che riduce i rischi di dissenso nell'interazione sociale. È nella *Lebenswelt* che si radicano i processi di intesa, di coordinamento delle azioni e di socializzazione, senza i quali è impensabile l'ordine sociale (123). Ma concepire la società unicamente come *Lebenswelt* sarebbe, sostiene Habermas, unilaterale. È appunto l'analisi sistemica a mostrare che le azioni degli appartenenti a una *Lebenswelt* "non vengono coordinate soltanto attraverso processi di intesa, bensì attraverso nessi funzionali che non sono da loro voluti e che per lo più non sono neppure percepiti all'interno dell'orizzonte della prassi quotidiana" (124). Su questi fondamenti teorici Habermas costruisce la sua analisi delle patologie sociali e la sua teoria del conflitto: entrambe sono fondate sull'idea della *colonizzazione* della *Lebenswelt* da parte del *sistema* (inteso come organizzazione economico-amministrativa fondata sulla razionalità strumentale) con i suoi imperativi funzionali.

Habermas interpreta il diritto quale tramite tra i valori morali diffusi nel mondo vitale e il sistema politico. Una razionalità procedurale di tipo morale - conforme all'etica del discorso - è vigente per Habermas nel diritto e nella politica delle società democratiche. È la conformità a questa razionalità pratica a garantire la legittimità delle procedure giuridiche. In effetti, sono le procedure a legittimare; ma nelle procedure del diritto moderno è insita una razionalità pratica che rimanda a valori universali (125).

La concezione Habermasiana della *Lebenswelt*, come è stato ampiamente dimostrato da vari studi, mostra diverse carenze concettuali. Possono, infatti, rilevarsi difficoltà significative nell'interpretare secondo lo schema habermasiano, l'evoluzione del sistema economico-produttivo piuttosto che la riproduzione materiale della società e il suo adattamento all'ambiente (126). Un'immagine, quella tratteggiata da Habermas, forse troppo eticistica e idilliaca, troppo poco conflittuale e segmentata, del mondo vitale. Problematico appare poi considerare la prassi comunicativa come una fonte da cui sgorgano esclusivamente processi d'intesa, tolleranza, valori democratici. Nella contemporanea società multimediale, è proprio il campo della comunicazione ad essere investito da corposi interessi sistemici, ad essere funzionalizzati dall'agire strategico (127). Su tali limiti tornerò successivamente.

4.2 Diritto come medium e diritto come istituzione nella colonizzazione della *Lebenswelt*

Fatte le debite puntualizzazioni sulla nozione di *Lebenswelt*, posso provare ad analizzare, per il momento ad elevato livello di astrattezza, il fenomeno della colonizzazione giuridica della *Lebenswelt*, attingendo a piene mani al serbatoio concettuale habermasiano, ovviamente con la debita attenzione a declinare quell'analisi all'economia del mio studio.

Secondo Habermas, la colonizzazione del mondo vitale si verifica quando (128):

- ∨ "le forme di vita tradizionali sono smantellate a tal punto che le componenti strutturali del mondo vitale (cultura, società, personalità) si sono ampiamente differenziate;
- ∨ le relazioni di scambio fra sottosistemi e mondo vitale sono regolate attraverso ruoli differenziati;
- ∨ le astrazioni reali sono accettate dagli stessi interessati in cambio di risarcimenti compatibili con il sistema;
- ∨ gli indennizzi dello Stato sociale sono finanziati da incrementi della crescita capitalistica e sono canalizzati in quei ruoli in cui sono collocate le speranze privatizzate all'autorealizzazione e autodeterminazione provenienti dal mondo del lavoro e dalla sfera pubblica" (129).

La sussistenza di queste condizioni è inscindibilmente (e strumentalmente) legata alla affermazione del diritto come *medium* (formula già vista nelle pagine precedenti). Con l'espressione "diritto come *medium*" Habermas intende specificamente, le norme giuridiche utilizzate come strumenti funzionali di tecnica sociale di tipo orientativo, con i quali i sottosistemi dell'economia e della politica "colonizzano" le sfere centrali della riproduzione culturale, dell'integrazione sociale e della socializzazione.

Il *medium-diritto* è intrecciato con il diritto quale *istituzione* (130). Le istituzioni giuridiche corrispondono a quelle norme giuridiche che non possono essere sufficientemente legittimate mediante il richiamo positivisticò a procedimenti. Sono tipici di esse i fondamenti del diritto costituzionale, del diritto penale e del procedimento penale. Non appena nella prassi è messa in discussione la validità di queste norme non è sufficiente il rimando alla loro legalità. Esse necessitano di una giustificazione materiale, poiché appartengono agli ordinamenti legittimi del mondo vitale. Il diritto usato come *medium* regolativo è nei suoi contenuti, suscettibile di legittimazione soltanto attraverso procedimenti formalmente corretti. Le istituzioni giuridiche appartengono invece alla componente sociale del mondo vitale: come le rimanenti norme di azione, non coperte dal potere statale di sanzione, esse possono essere moralizzate per un motivo dato ed imprimere l'impulso per una trasformazione legale del diritto vigente (131).

Sia per il fenomeno di giuridificazione che per quello di giudiziizzazione la distinzione tra diritto come *medium* e diritto come istituzione è fondamentale, soprattutto se quello che interessa è l'effetto sociale ultimo del dispiegarsi di quei fenomeni. In quanto funziona come un *medium* complesso attualizzato dall'azione del giudice, il diritto si estende ad ambiti di azione organizzati informalmente e strutturati comunicativamente. Per contro le istituzioni giuridiche non hanno un potere costituente, ma soltanto funzione regolativa. Esse sono collocate in un ampio contesto politico-culturale e sociale, stanno in un *continuum* con norme etiche, conferendo agli ambiti di azione già costituiti informalmente una forma vincolante (132).

Da questo punto di vista dunque, possiamo distinguere anche i processi della giuridificazione e giudiziizzazione sociale a seconda che si collegano alle precedenti istituzioni del mondo vitale e sovradeterminano giuridicamente ambiti di azione socialmente integrati, oppure semplicemente condensano le relazioni giuridiche costitutive di ambiti di azione integrati sistemicamente. La colonizzazione giuridica cui riferisco, rimanda a questa seconda ipotesi, per cui le materie sociali tecnicizzate e de-etizzate dal diritto come *medium*, che sorgono dalle complessità del sistema economico e amministrativo, vengono impostate in riferimento ad imperativi funzionali e alla concordanza con norme sovraordinate.

Il diritto come *medium* va a regolare quegli stati di bisogno che si manifestano in ambiti di azione

strutturati in modo comunicativo, con effetti di reificazione, alla produzione dei quali concorre altresì, il fatto che le istituzioni giuridiche diventano operanti, anch'esse, soltanto mediante un diritto utilizzato come *medium*, ritagliato su ambiti di azione che costituiscono soltanto in forme organizzative giuridiche e sono tenuti insieme soltanto mediante meccanismi sistemici, estendendosi con effetti, appunto destrutturanti a situazioni di azione che sono situate in contesti informali di mondo vitale. Con la colonizzazione, il diritto e l'azione del giudice penetrano sempre più profondamente nella riproduzione simbolica del mondo vitale, "irreggimentandolo". (133)

La tendenza alla giuridificazione/giudiziarizzazione di sfere del mondo vitale regolate in modo informale, si afferma su un vasto fronte quanto più sfere sociali sono investite dal *rising tide* normativo e dall'ascesa delle magistrature del soggetto. Esempi perspicui, sono la formalizzazione giuridica delle relazioni nella famiglia e nella scuola, che significa per i partecipanti un'oggettivazione e *de-mondanizzazione* (134) della vita in comune familiare e scolastica regolata informalmente. La struttura della giuridificazione e i connessi controlli giudiziari, disarticolano e ricompongono secondo nuova logica i nessi socialmente integrati, adattandoli al *medium* diritto, comportando rilevanti "disturbi di funzionamento".

Diritto e giudice come *media* regolativi, intervengono massivamente nella riproduzione simbolica del mondo vitale (come già visto sopra), la cui infrastruttura comunicativa viene minacciata dalla reificazione indotta dalla pervadenza degli stessi. La pervasività del diritto e del giudice, ha l'effetto di assoggettare la riproduzione culturale, le interazioni sociali e la costruzione delle identità personali, "irreggimentando" la sfera privata dei soggetti.

Questa "irreggimentazione" va intesa come una *tecnicizzazione del mondo vitale*: le prescrizioni giuridiche attualizzate dal giudice, che interviene a pianificare e a controllare ogni aspetto del mondo vitale dei cittadini (che ad esso rivolgono ormai ogni pretesa), con il fine dichiarato di promuovere le opportunità di un paritario esercizio delle libertà soggettive, sollevano un serio interrogativo sulle conseguenze di quel processo:

"(lo Stato) corre manifestamente il rischio di compromettere con le sue misure intrusive l'autonomia degli individui. Cioè proprio quell'autonomia per favorire la quale esso deve soddisfare i presupposti fattuali di un godimento delle libertà negative ispirato alle pari opportunità" (135).

La colonizzazione della sfera privata e della sfera pubblica prodotta dagli strumenti di intervento giuridico/giudiziario mai neutrali per la vita dei cittadini, plasma il rapporto tra amministratori e cittadini, che si mostra come un gioco a proporzionalità diretta ed inversa: quando la competenza dei primi cresce, la competenza dei secondi diminuisce. La regolazione giuridica dei sistemi di azione integrati comunicativamente, come la famiglia o la scuola, a cui mira lo stato supervisore nelle strategie di tutela sociale, avrebbe l'effetto di una ristrutturazione formale di relazioni simboliche che già esistono (136):

"in questo modo una sempre più densa rete di norme giuridiche, di burocrazie pubbliche e Sicurezza sociale, giuridificazione e politica interna mondiale parapubbliche, si intromette nella vita quotidiana dei clienti, potenziali o effettivi che siano, dello stato stesso" (137).

Dal punto di vista funzionale il processo di colonizzazione ha coinciso con l'esponentiale *burocratizzazione* della sfera privata di vita dei cittadini, mettendo a repentaglio, per altro verso, l'autonomia privata che esso doveva assicurare, si è così finito:

"per suscitare le conseguenze involontarie di un paternalismo che è diventato caratteristico dello stato-sociale. Evidentemente, equiparare le situazioni di vita e le posizioni di potere empiricamente esistenti non deve significare intervenire con quel tipo di autorità normalizzatrice, che limiterebbe ancora una volta gli ipotetici beneficiari nel loro margine d'azione per una autonoma condotta di vita" (138).

Emerge in esito a questo discorso sull'effetto di colonizzazione della giuridificazione/giudiziarizzazione, la struttura dilemmatica di questo stesso processo: sono gli stessi mezzi giuridici di garanzia di libertà (o percepiti socialmente come tali) quelli che compromettono la libertà del presunto beneficiario, dal momento che il diritto come *medium* attualizzato dal giudice, è pensato per regolare ogni stato di bisogno che si manifesta in ambiti di vita strutturati in modo comunicativo.

Questa struttura *dilemmatica* della giuridificazione è un problema chiaramente presente ad Habermas:

"le istituzioni giuridiche, che garantiscono il risarcimento sociale, diventano operanti soltanto mediante un diritto sociale utilizzato come medium. [...] In quanto medium anche il diritto sociale è ritagliato su ambiti di azione che si costituiscono soltanto in Sicurezza sociale, giuridificazione e politica interna mondiale forme organizzative giuridiche e sono tenuti insieme soltanto mediante meccanismi sistemici. Ma nel contempo il diritto si estende a situazioni di azione che sono situate in contesti informali di mondo vitale" (139).

Le deformazioni di un mondo di vita, irreggimentato, sezionato, controllato e osservato, sono molto più sottili, pervasive ed efficaci, delle forme tangibili dello sfruttamento materiale e della povertà:

"le ampie discussioni sull'eccesso di regolazione giuridica e sulla burocratizzazione, sugli effetti controproducenti delle politiche sociali dei governi, sulla professionalizzazione e sulla scientificizzazione dei servizi sociali hanno reso evidente una cosa: i mezzi giuridico-amministrativi non sono un medium passivo quasi privo di caratteristiche peculiari. Al contrario, questi mezzi sono collegati ad una prassi che isola i singoli fatti, ad una pratica di sorveglianza e normalizzazione, di cui Foucault ha ricostruito il potere reificante e soggettivizzante sin nelle più sottili ramificazione della comunicazione quotidiana" (140).

Fin qui l'analisi habermasiana della colonizzazione, lettura parzialmente ripresa per spiegare gli effetti sociali di giuridificazione e giudiziariazione.

Quest'analisi come è stato ampiamente dimostrato, presenta vari limiti (141), che qui ripropongo, per organicità espositiva e solo in minima parte.

Nonostante la preoccupazione per una definizione "esaustiva" della colonizzazione giuridica della *Lebenswelt*, Habermas non chiarisce ad esempio, che cosa sia *un'etica della comunicazione riferita al diritto*. Di sicuro non si può intendere una qualsiasi comunicazione (non direbbe nulla su come ci si dovrebbe comportare) o una comunicazione giusta (servirebbe un criterio universale di giustizia). Il dubbio, dunque resta, è non è dubbio da poco.

In secondo luogo, Habermas non giustifica sufficientemente la sua preferenza per quelle norme che necessitano di una giustificazione materiale (le istituzioni), in quanto appartenenti alla componente sociale del mondo vitale. Non sembra, infatti, che si possa sostenere che i pericoli maggiori alla riproduzione dei modelli tradizionali della vita sociale vengano sempre e comunque da norme che si basano sulla legittimazione di tipo procedurale.

Anche a voler prescindere dall'obiettivo difficoltà di identificare istanze e valori così generalmente condivisi da poter fondare una legittimazione normativa su base materiale, non si può sottovalutare come il pericolo di istanze materiali indotte abbia presentato, recentemente, difficoltà alla riproduzione simbolica del mondo vitale e alle stesse forme di garanzia delle libertà: si pensi, a titolo di mero esempio, al cosiddetto "diritto dell'emergenza". D'altra parte anche in riferimento a quelle norme "contigue alla morale" per le quali non sembra sufficiente il richiamo alla legalità, si deve sempre più accedere ad una legittimazione procedurale che ovvi all'impossibilità della formazione di un consenso generalizzato.

Pur condividendo l'accusa di ambiguità che Habermas rivolge al diritto moderno prodotto del funzionamento del Welfare State, emergono elementi fortemente sottovalutati dallo stesso. Habermas sottovaluta ad esempio che l'aumento della complessità non riguardi solo l'oggetto società ma tutta l'intricata serie di relazioni tra i vari sottosistemi sociali. In particolare per quanto attiene al sottosistema giuridico, viene sottovalutata la sua capacità modificarsi e adeguarsi a cambiamenti esterni, attraverso il mutamento dei suoi livelli di apertura cognitiva e chiusura normativa.

Ulteriormente appare assai problematico collegare a questo quadro "clinico" una spiccata capacità integrativa del diritto statale nel senso indicato da Habermas (142).

Nel quadro sopra delineato - secondo diverse analisi e contrariamente ad Habermas - la prestazione integrativa del diritto, che trova un riscontro nella legittimazione dell'attività legislativa e nel consenso sulle sentenze, non dipende direttamente dalla condivisione da parte del pubblico delle ragioni (sostanziali e/o procedurali) addotte per giustificare la decisione legislativa o giudiziale. Al contrario - come ha sostenuto Hendrik Vollmer (143) - ciò che è determinante alla formazione del consenso è il *giudizio sulla decisione* che viene dato da chi potenzialmente la deve accettare. Con ciò, differentemente dalla lettura consensualistica habermasiana, la questione del consenso deve essere

affrontata a prescindere dall'ipotesi che sussista una preliminare condivisione delle qualità materiali o procedurali della decisione: tale questione si pone dunque come un problema di interpretazione della decisione da parte degli interessati (144).

4.3 Riferimenti empirici alla colonizzazione giuridica della Lebenswelt

Diverse riferimenti empirici possono essere adottati per completare l'analisi teorica sopra svolta. Io mi riferirò, in estrema sintesi, soprattutto alle conseguenze di colonizzazione della giuridificazione/giudiziarizzazione nell'ambito delle relazioni familiari, scolastiche, del mondo del lavoro e dell'assistenza sociale.

La formalizzazione delle relazioni nella famiglia e nella scuola significa per i partecipanti un'oggettivazione e *de-mondanizzazione* della vita in comune familiare e scolastica regolata formalmente. Come il processo familiare di socializzazione così anche il processo pedagogico di insegnamento è in un certo modo precedente alle norme giuridiche. Questi processi di formazione familiari e scolastici devono poter funzionare indipendentemente da regolazioni giuridiche. Se tuttavia la giuridificazione esige controlli amministrativi e giudiziari che adattano i nessi socialmente integrati al *medium* diritto si verificano *disturbi di funzionamento*.

Habermas richiamando uno studio di Spiros Simitis (145), si sofferma sugli effetti di colonizzazione della giuridificazione/giudiziarizzazione della famiglia, per mezzo della diffusione della tutela giudiziale del benessere dei minori. La salvaguardia del benessere del minore sulla base dei diritti fondamentali può essere affermata a condizione della concessione allo Stato di possibilità di intervento nei privilegi dei genitori un tempo intangibile (146). Le prestazioni statali in materia, oltre ad arrecare indubbi vantaggi ai beneficiari, fondano anche una montante dipendenza: l'emancipazione della famiglia si realizza a prezzo dell'istituzione artificiale di un nuovo legame, la collaborazione con lo Stato.

Alla base di questa situazione sta la *giuridificazione di stati di fatto* che necessitano non tanto di attenzione psicologica, ma un altro tipo di trattamento, che pregiudicano una composizione "sensibile" del conflitto.

Il giudice dotato esclusivamente di strumenti giuridici (perdonate la tautologia), poco può fare per comunicare con il minore e genitori, *oggetti* più che *soggetti* del procedimento. È lo stesso *medium* diritto che viola le strutture comunicative di questo specifico ambito di azione giuridificato.

La sostituzione del giudice con il terapeuta non rappresenta un rimedio: l'operatore sociale è soltanto un *altro* esperto che non libera il cliente dalla burocrazia assistenziale giuridificata, anzi. La ridefinizione funzionale del diritto di tutela nella dimensione terapeutica non farebbe che accelerare l'assimilazione del diritto di famiglia al diritto di assistenza ai minori.

"in questo para-diritto di famiglia domina un'istanza statale, l'ufficio di assistenza ai minorenni. L'educazione si compie qui sotto sorveglianza statale e i genitori sono obbligati a renderne conto. Il linguaggio soprattutto di taluni commentari non recenti lascia trapelare l'obiettivo meglio di ogni prescrizione. L'intervento statale compensa la normalità infranta" (147).

Da un'altra prospettiva, la giuridificazione della famiglia smantella ogni ipotesi di società naturale e pone ulteriori problemi di iperlegalizzazione delle relazioni private che non riescono a definirsi secondo spontanei adattamenti dei soggetti coinvolti o tramite criteri di autoregolazione.

Dinanzi alla crescita della pubblica regolazione dell'istituto familiare, evidente è l'invasività del giuridico che "perfora" l'autonomia dei mondi vitali.

In Italia, la legislazione più innovativa ha introdotto diritti moderni proprio espugnando la fortezza della famiglia come società di natura entro cui è proibito penetrare. Già nel 1971 si perviene alla completa autonomizzazione della giurisprudenza minorile e alla separazione dei tribunali dei minori dagli altri organi giudiziari. Sul finire degli anni sessanta un rovesciamento si registra nel campo delle adozioni. Dal diritto dei genitori ad avere prole si passa al diritto del bambino, quale soggetto più debole (e per questo attorniato da altre figure come lo psicologo, l'assistente sociale), ad avere genitori. Il minore compare come una persona titolare di diritti e il genitore non appare più come depositario di un potere

sul minore, ma come interprete di una funzione che consiste nell'adeguata promozione dei diritti del minore alla formazione di una personalità ricca. La tutela del fanciullo è prioritaria in varie circostanze (diritto soggettivo al riconoscimento della genitorialità, decadenza della potestà, accertamento di status di figlio naturale).

Scorrendo rapidamente gli interventi del legislatore italiano in materia familiare è possibile individuare due linee di lettura (148). Un primo passaggio è quello che si muove in controtendenza, storicamente, rispetto alle impostazioni di tipo "domestico/naturalistico", che sconfessa cioè ogni prospettabilità degli istituti del primo libro del Codice Civile come *presenze in fuga dal diritto* - attraversate da spinte continue alla de-giuridificazione, protese sempre più verso un ritorno all'età dell'oro (più nelle parole che nei fatti). Sofferamoci sulle direzioni generali di questo "movimento":

"(i) non sono mancati - nel panorama italiano - episodi di appannamento delle norme positive, o di vera e propria deregulation sopraggiunta, per certi ambiti domestici: la depenalizzazione dell'adulterio, ad esempio, oppure la semi-scomparsa dai tribunali della seduzione con promessa di matrimonio, la crisi statistica della comunione fra coniugi, la tendenziale decolpevolizzazione nella separazione, etc.;

(ii) è fuori dubbio, poi, l'opportunità di far luogo a sollecite amputazioni formali - anche in sede legislativa - per quei bracci della famiglia ove il controllo del diritto mostri di avere perduto, con il passaggio del tempo, ogni ragion d'essere" (149).

Tutto ciò premesso, sarebbe arduo contestare - dati alla mano - la ben maggiore importanza quantitativa e qualitativa che sono venute assumendo, negli ultimi tempi, le trasformazioni di segno opposto, alla giuridificazione/giudiziarizzazione, appunto.

Il dato probante - ai fini qui in esame - è proprio quello del "*rising tide*" legislativo, dei *provvedimenti legislativi* che negli ultimi tempi (dalla metà degli anni novanta del secolo scorso) sono stati approvati in massa, sul terreno della famiglia, dal nostro Parlamento: le norme sulla tutela delle lavoratrici madri, le modifiche dell'adozione, le nuove norme sulla violenza sessuale, la possibilità di ottenere l'allontanamento coattivo del familiare violento, le indicazioni generali sui servizi socio-sanitari per la famiglia, le novità del diritto internazionale, la ratifica dei protocolli concernenti la vendita, la pornografia e la prostituzione dei bambini, i provvedimenti sulla competenza, sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità. E non meno interessanti - come prove della vitalità di quella direttrice - appaiono i testi di riforma attualmente in corso di discussione alla Camera o al Senato, o di recente approvazione: basta pensare alle proposte di modifica della separazione fra coniugi e del divorzio, all'affidamento condiviso dei figli, sul cambiamento del cognome dei coniugi e dei figli, all'introduzione dell'istituto della mediazione familiare, alle proposte di trasformazione degli organi giudiziari competenti in materia familiare, ai progetti sulla disciplina sulle unioni di fatto, alle norme sulla procreazione assistita e sull'amministrazione di sostegno.

Da segnalare poi la vasta *produzione legislativa regionale*, sempre concernente la famiglia, in settori spesso contigui alle materie privatistiche - e rispetto ai quali ogni esempio appare superfluo (si segnalano comunque le materie degli aiuti alla formazione di nuove famiglie, della cura nei confronti dei familiari non autosufficienti, degli orari di lavoro, dell'astensione dall'attività lavorativa per motivi di famiglia, del ricongiungimento delle famiglie, del sostegno alla procreazione, dell'espressione della sessualità, dei supporti alla prima infanzia, alla pre-adolescenza, all'adolescenza, del lavoro domestico, dell'indennizzo per infortuni domestici, della valorizzazione dell'auto-organizzazione delle famiglie, della lotta contro abusi e sfruttamenti sessuali, e così via).

Per quanto attiene alla giuridificazione dell'ambito scolastico, è da notare subito come la tutela giuridica di allievi e genitori contro misure pedagogiche (mancata promozione, esiti esami ecc.) o contro atti della scuola e dell'amministrazione della pubblica istruzione, volti a limitare certi diritti, è ottenuta al prezzo di una *burocratizzazione* profondamente incidente sui processi "sociali" di insegnamento e apprendimento (150). Da un lato gli organismi statali, cui è attribuita crescente competenza per problemi di politica e diritto scolastici, sono sovraccaricati in modo analogo ai tribunali amministrativi dalle competenze di provvedere al bene del discente. Dall'altro il *medium* diritto, e l'ombra minacciosa dell'intervento giudiziale, collidono con la forma dell'agire pedagogico. La socializzazione scolastica è scomposta in un mosaico di atti amministrativi contestabili. La sussunzione dell'educazione sotto il *medium* diritto

produce la "*confluenza astratta*" (151) dei partecipanti al processo pedagogico, in quanto soggetti giuridici individualizzati, in un sistema di prestazione e concorrenza.

L'astrattezza consiste nel fatto che le norme di diritto scolastico valgono senza riguardo delle persone interessate, dei loro bisogni, aspirazioni, ecc., ne bloccano l'esperienza e disconnettono i sensi di vita. Ciò necessariamente compromette la libertà pedagogica e l'iniziativa dell'insegnante. La coazione a stabilire i voti in modo giuridicamente ineccepibile e l'iper-regolamentazione dei *curricula*, generano fenomeni di de-personalizzazione, rallentamento delle innovazioni, smantellamento delle responsabilità, generano immobilità ecc.

Tra la forma giuridica, nella quale giustizia e amministrazione scolastica esercitano i loro poteri, e un incarico educativo da assolvere soltanto attraverso l'agire orientato all'intesa esistono differenze strutturali: discrepanza tra prescrizioni comportamentali e situazioni concrete di azione; duplice copertura per l'incarico educativo statale mediante la competenza direttiva dell'amministrazione scolastica e il potere di concretizzazione dei tribunali amministrativi; la confusa delimitazione del margine di azione pedagogica degli insegnanti; le eventuali minacce di sanzione per le trasgressioni delle norme.

Alla mancanza di chiarezza del complesso normativo del diritto scolastico si aggiunge quindi l'imprevedibilità delle ingiunzioni normative e l'ulteriore elemento di incertezza dato dalla eventuale decisione giudiziale, situazioni disfunzionale per la prassi pedagogica. Queste differenze strutturali sconcertano necessariamente l'insegnante provocando iper-adattamento o disobbedienza.

La statalizzazione giuridica del particolare rapporto di potere della scuola elimina relitti di un potere statale assolutistico. Ma la sovradeterminazione normativa di questo ambito di azione si compie in una forma iper-regolativa e lesiva degli equilibri del mondo di vita scolastico.

La scuola controllata mediante la giustizia e l'amministrazione si trasforma in un'istituzione di previdenza che organizza e distribuisce la formazione scolastica come una prestazione sociale standardizzata, nulla di più.

Da una prospettiva generale, la tensione tra tendenza alla standardizzazione dei sistemi e delle pratiche scolastiche, da una parte, e la tendenza all'enfaticizzazione del carattere unico di ogni comunità scolastica come mondo vitale, dall'altra, rappresentano il principale dilemma del dibattito sulla scuola e nella scuola oggi (152). La definizione di *standard di riferimento* per l'attività delle scuole e dei *professionals* che vi operano, risponde alla domanda di senso comune che sia assicurato a tutti gli alunni il diritto ad avere il medesimo livello di servizio formativo. Quest'orientamento, che si rafforza nella misura in cui ogni scuola gode di autonomia decisionale in molte materie e si vuole evitare che ciò produca iniquità, si associa alla considerazione e all'attuazione della *valutazione* come pratica della responsabilità professionale e istituzionale nei confronti degli alunni e della comunità. Anche nel nostro Paese, negli ultimi anni, accanto ad autonomia, tra le parole più usate nel lessico "scolastichese" figurano appunto *standard* (con riferimento all'organizzazione, agli esiti e alla parità tra scuole statali e non statali), *valutazione* (con l'istituzione del Servizio Nazionale di Valutazione della Qualità dell'Istruzione), *responsabilità* intesa come rendicontazione pubblica dell'esercizio dell'autonomia. Infatti, in parallelo all'incremento degli spazi di flessibilità organizzativa e didattica delle scuole nell'utilizzo dei mezzi e delle risorse (autonomia), si sviluppa un sistema di regolazione, attraverso l'orientamento (con direttive e percorsi formativi di massa ad esempio per i dirigenti scolastici seguendo un modello con standard dati), il monitoraggio e la rendicontazione delle pratiche, in particolare di quelle riformate dalla normativa (153), pervasivo.

Si pensi, ad esempio, a quanto è avvenuto per l'esame di stato, per la cosiddetta sperimentazione dell'autonomia, per la già ricordata formazione dei dirigenti e per l'istituzione e la formazione delle cosiddette funzioni obiettivo ecc. ed a quanto è stato avviato per la valutazione degli insegnanti, per il riconoscimento della parità alle istituzioni non statali che ne facciano richiesta, per il riordino dei cicli e per la ristrutturazione dei *curricula*, oltre che nel regolamento dell'autonomia. In tutti i casi, anche grazie all'impiego delle tecnologie della comunicazione in tempo reale, si "evidenziano" standard o *benchmark* (punti di misurazione) e si presentano i risultati degli alunni nei test di apprendimento come principale, o meglio, l'unico indicatore della qualità della scuola, considerando sinonimi formazione e misurazione dei risultati. Inoltre, si ricercano e propongono le *best practices*, cioè quelle che maggiormente si avvicinano allo standard scelto da chi governa il sistema, che vengono additate come modello fattibile, riproducibile nei diversi contesti con qualche adattamento; insomma, da

seguire/imitare (154) pedissequamente. Ma quest'orientamento è generale e risponde all'esigenza di misurazione e confronto nel mercato globale, in tutti i settori; e l'Italia segue anche per questo, in campo scolastico- la linea già tracciata dalla maggior parte dei paesi occidentali (Gran Bretagna, USA, Canada, New Zealand, Australia ecc.), dai quali però- vengono anche segnalazioni meritevoli di attenzione.

Secondo Linda McNeil (155), nei *curricula* produttivi tipici dei sistemi standardizzati, tutte le discipline sono riscritte non come narrative (storia, letteratura) o sistemi (scienze della terra, biologia, lingua) o campi concettuali (chimica, fisica, matematica) ma come microcomponenti discrete (unità formative capitalizzabili, crediti, moduli) e sottocategorie di obiettivi minimi (*minimum skills*), per poter creare un sistema di gestione del *curriculum* basato su test a risposta multipla computerizzati, con conseguente ridefinizione della pratica didattica dei docenti.

In sintesi, a giudizio della McNeil, standard e valutazione di sistema riposizionano il *locus of control* sul *curriculum* e

"spostano le decisioni relative all'insegnamento-apprendimento lontano dalle comunità e dai professionisti, nelle mani di tecnici esperti che seguono l'agenda politica, riducendo la democrazia nel governo della scuola con una esternalizzazione del management che segue la burocratizzazione della scuola" (156).

Altro riferimento empirico da considerare può essere quello degli effetti di colonizzazione della giuridificazione/giudiziarizzazione del lavoro e delle relazioni industriali. In generale e preliminarmente, è possibile sostenere quanto la proliferazione di nuove regole giuridiche "materiali", e l'aumento delle agenzie preposte alla regolamentazione del mondo del lavoro, abbiano determinato l'affermazione di nuovi "*patterns of life*" (157) per i lavoratori. Un sistema di protezione sociale dei lavoratori particolarmente sofisticato come quello che si andava costruendo negli anni settanta del secolo scorso, la registrazione sempre più articolata e dettagliata di informazioni concernenti la vita del lavoratore e la sua situazione personale, rappresentano un effetto di una legislazione sempre più "giuridificante".

Se da una parte tale attività, giuridicamente regolamentata, di registrazione di informazioni rappresenta un importante fattore di prevenzione dei rischi occupazionali, dall'altra quest'invadente meccanismo produce una serie di standards astratti e depersonalizzanti rispetto ai quali subordinare la condizione di accesso all'occupazione (158). L'opportunità di lavorare dipende oltre che dal meccanismo di compensazione dei rischi occupazionali, anche dalla "leggibilità" e "conformità" delle traiettorie di vita del lavoratore, nonché dalla congruenza delle stesse con le "*expectations resulting from an increasingly dense safety network*" (159).

Si punta ad aumentare la trasparenza e ad assicurare la controllabilità del processo di *decision-making* del lavoratore e del datore, attraverso schemi di comportamento standardizzati imposti *ex lege* che spesso rallentano i rapporti socioeconomici oppure mancano del tutto di effettività (160).

Una forte pressione alla conformità sembra profilarsi come peculiare effetto sociale della giuridificazione del lavoro. Una pressione che appare evidente nel fenomeno dell'interferenza giuridico-statale in tema di riduzione dei rischi del mercato del lavoro. Molte leggi in Europa, ad esempio, negano sussidi di disoccupazione, quando solo sussistono "*opportunità astratte*" per un lavoro "*ragionevole*" (161) o altresì quando si ritiene un *suitable work* possa essere trovato in assenza di "*legittimi motivi*" (162) di rifiuto.

Ultimo riferimento empirico è esemplificato, mi sembra, dall'evoluzione del diritto sociale, e della sua incidenza sulla *Lebenswelt*. Il processo di giuridificazione cui si assiste in quest'ambito, è ancora una volta configurabile come massiccia proliferazione e intensa modificazione qualitativa del diritto: l'intervento regolativo assistenziale produce ulteriore intervento, generando nuove disparate aspettative sociali nei beneficiari, e quindi nuovi compiti del diritto la cui realizzazione richiede interventi di controllo giuridico delle conseguenze sociali della stessa statuizione giuridica (movimento a spirale). Nel diritto sociale *l'individualizzazione*, cioè il fatto che le pretese siano attribuite a un soggetto giuridico astratto che agisce in modo strategico e persegue i propri interessi privati, può risultare ancora più intensamente costrittiva che non nel diritto di famiglia. Si pensi ad esempio, a come le definizioni individualizzanti delle assicurazioni sociali producano conseguenze gravose per l'autopercezione del fruitore rispetto al proprio mondo vitale.

Questa considerevole coazione a ridefinire situazioni quotidiane dipende proprio dalla

individualizzazione o, come pure è stata definita dalla *specificazione dello stato di fatto* (163) (il fatto compensativo dell'assicurazione p.es.). La situazione sociale da regolare, infatti, situata in uno specifico contesto di vita concreta, viene sottoposta ad un'astrazione violenta per poter essere sussunta giuridicamente e gestita amministrativamente. Le burocrazie devono procedere in modo da selezionare in conformità a standard predefiniti, stati di bisogno sociali rilevanti, attraverso una gestione centralizzata e spersonalizzata degli stessi (164).

Si pensi a titolo di esempio, a come la compensazione dei rischi sociali (per anzianità, malattia, lavoro ecc), una delle finalità precipue del diritto sociale, la sua *raison d'être*, avviene principalmente attraverso risarcimenti monetari erogabili nell'*an* e nel *quantum* in relazione alla posizione dell'eventuale destinatario in appositi *clusters* statistici (le classi di rischio), frutto di un'elaborazione fortemente generalizzante. Nel caso poi di situazioni non compensabili economicamente, la compensazione dei rischi avviene attraverso servizi sociali e aiuti terapeutici, che non fanno altro che riprodurre ad altro livello, le contraddizioni degli interventi compensatori statali (astrattezza ecc). Servizi sociali e aiuti terapeutici operano secondo la forma dell'intervento esperto decretato amministrativamente, contraddicendo l'obiettivo di incoraggiamento di autonomia e spontaneità del cliente.

In sintesi, nella misura in cui lo stato sociale interviene secondo la logica attuariale o secondo le modalità della *terapeutocrazia*, manifestandosi direttamente nella sfera produttiva e diffondendo una rete "astraente" in ambiti privati di vita, emergono gli effetti collaterali patologici di una burocratizzazione e monetarizzazione del mondo vitale.

Da un altro punto di vista, la struttura dilemmatica di questo tipo di colonizzazione consiste nel fatto che le garanzie dello stato sociale che devono servire all'integrazione sociale, producono invece disintegrazione dei nessi di vita che, giuridificati, si adattano al medium giuridico. Alla base di tale colonizzazione, in questo settore (165), stanno espressioni specifiche del fenomeno di giuridificazione come *l'estensione tematica* e la *metamorfosi del diritto sociale*. Il diritto sociale nel periodo del Welfare State, si caratterizza per una continua estensione su materie sociali: anzianità, malattia, numero dei figli, *housing costs*, ridotta abilità al lavoro, deficit psicofisici ecc. Tutte queste aree diventano oggetto della regolamentazione giuridica che le standardizza, ne aumenta la natura artificiale, alterando i modelli comportamentali "consuetudinari" dei potenziali beneficiari. L'imposizione del *legal framework* come modalità privilegiata per strutturare interventi su quelle nuove materie sociali, finalizzata a creare *safety-net* per situazioni di deficit svariati, determina altresì un aumento esponenziale del controllo dei comportamenti privati.

Si pensi poi alle conseguenze di colonizzazione della *metamorfosi formale* del diritto sociale. L'aumento del diritto scritto, conduce alla codificazione spesso minuta, delle condotte dei *social workers*, piuttosto che del trattamento medico ecc. Questo comporta altresì la penetrazione delle logiche dell'obbligazione giuridica "formale" nelle relazioni sociali della vita quotidiana, nei rapporti interpersonali e di comunicazione.

Quello che accade dunque, è la formazione di una politica sociale in *stile normativo* a discapito di una in *stile istituzionale* (166). La regolazione delle "questioni sociali" avviene mediante l'utilizzo immediato del *medium* giuridico che esaurisce l'intervento stesso (fissazione dei minimi salariali, definizione limiti di età pensioni di anzianità ecc), e non nel senso della definizione di un *framework* di condizioni sociali per l'attivazione di quella specifica risorsa (regolazione servizi sociali ecc.).

In questo modo ciò che si ottiene di fatto, è l'indebolimento invece che il rafforzamento delle sfere del sociale e delle reti informali per la regolazione dei conflitti sociali, consumando le risorse di solidarietà esistenti senza riuscire a produrne di nuove.

Note

1. L. M. Friedman, *Il Sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, il Mulino, Bologna, 1978.
2. Cfr. L. Bazzicalupo, *Il governo delle vite: biopolitica ed economia*, Laterza, Roma, 2006.
3. L. Pannarale, *Il diritto e le aspettative*, ESI, Napoli, 1988.

4. V. Aubert, *The Rule of Law and the Promotional Function of Law in the Welfare State*, in G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, De Gruyter, Berlin-New York, 1985.
5. P. Barcellona, *Diritto senza società*, Edizioni Dedalo, Bari, 2003.
6. *Ibidem*.
7. *Ibidem*.
8. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. II, Il Mulino, Bologna, 1986.
9. P. Brooker, *Juridification of ADR.*, in "Anglo-American Law Review", 28 (1), p. 29 e ss., 1999.
10. A. Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, in M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
11. N. Tate, T. Vallinder (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995.
12. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
13. *Ibidem*.
14. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
15. *Ibidem*.
16. *Ibidem*.
17. M. Raiteri, *Diritto, regolazione e controllo*, Giuffrè, Milano, 2005.
18. *Ibidem*.
19. L. Blichner, A. Molander, *What is Juridification?* Working Paper, Center of European Studies-Oslo University, 14 march 2005.
20. L. Blichner, A. Molander, *What is Juridification?*, cit.
21. cfr. E. Goffman, *Frame Analysis. An essay of the organization of experience*, Northeastern University Press, Boston, 1996.
22. G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, De Gruyter, Berlin, 1987.
23. M. Weber, *Economia e società*, vol. II, *Sociologia del diritto*, Ed. Comunità, Milano, 2000.
24. *Ibidem*.
25. *Ibidem*.
26. *Ibidem*.
27. M. Weber, *Economia e società*, vol. II, *Sociologia del diritto*, cit.
28. *Ibidem*.
29. G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, cit.
30. G. Teubner, *Substantive and reflexive elements in modern law*, Working Papers n°14, European University Institute, Florence, 1982.
31. G. Teubner, *Substantive and reflexive elements in modern law*, cit.
32. M. Rehbinder, *Le funzioni sociali del diritto*, in E. Resta (a cura di), *Diritto e trasformazione sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1978; cfr. M. Rehbinder, *Sociologia del diritto*, CEDAM, Padova, 1982.
33. P. Nonet, Ph. Selznik, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper, New York, 1978.
34. G. Teubner, *Substantive and reflexive elements in modern law*, cit.
35. S. Simitis, *Juridification of Labor Relations*, in G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, cit.
36. *Ibidem*.

37. *Ibidem*.
38. cfr. B. A. Ackerman, *Law in an Activist State*, in "Yale Law Journal", 92, pp. 1-45, 1983; M. Damaška, *Activism in perspective*, in "Yale Law Journal", 92, pp. 1189-1197, 1983.
39. S. Simitis, *Juridification of Labor Relations*, cit.
40. *Ibidem*.
41. J. Clark, Ch. Wedderburn, *Juridification- A universal trend?*, in G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, cit.
42. F. Kübler, *Juridification of Corporate Structures*, in G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, cit.
43. F. Kübler, *Juridification of Corporate Structures*, cit.
44. *Ibidem*.
45. Cfr. G. Calabresi, *Transactions costs, resource-allocation and liability rules- A comment*, in H. Manne (ed.), *The economics of legal relationships*, West Pub. Co., St. Paul, 1975.
46. F. Kübler, *Juridification of Corporate Structures*, cit.
47. *Ibidem*.
48. F. Kübler, *Juridification of Corporate Structures*, cit.
49. V. Cembrani, D. Rodriguez, *L'istanza etica dell'autonomia della persona umana ed il diritto alla salute: consenso "informato" o consenso "comunicato"?*, in "Professione, cultura e pratica del medico d'oggi", 2006.
50. *Ibidem*.
51. *Ibidem*.
52. *Ibidem*.
53. V. Cembrani, D. Rodriguez, *L'istanza etica dell'autonomia della persona umana ed il diritto alla salute: consenso "informato" o consenso "comunicato"?*, cit.
54. G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, cit.
55. G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, cit.
56. *Ibidem*.
57. A. Garapon, *Droit, médiation et service public*, in "Information sociales", 22, pp. 40-47, 1992.
58. E. De Cristofaro, *Sovranità in frammenti*, Ombre Corte, Verona, 2007.
59. C. Mongardini, *Epistemologia e sociologia*, Franco Angeli, Milano, 1985.
60. *Ibidem*.
61. *Ibidem*.
62. *Ibidem*.
63. C. Mongardini, *Epistemologia e sociologia*, cit.
64. R. Caillois, *Istinti e Società*, Guanda, Milano, 1983.
65. R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, cit.
66. *Ibidem*.
67. Cfr. G. Esping-Andersen, *Fondamenti sociali delle economie post-industriali*, cit.
68. P. Donati, *Risposte alla crisi dello Stato sociale*, Franco Angeli, Milano, 1984; cfr. G. Gili, *Crisi del Welfare State e nuove politiche sociali*, EISS, Roma, 1985.
69. *Ibidem*.

70. M. Paci, *Disuguaglianza, esclusione e nuova domanda di Welfare State. Alcune riflessioni*, in E. Bartocci (a cura di), *Disuguaglianza e Stato Sociale*, Donzelli, Roma, 1996.
71. P. Donati, *Risposte alla crisi dello Stato sociale*, cit.
72. Cfr. A. Melucci, *L'invenzione del presente*, il Mulino, Bologna, 1982.
73. C. Mongardini, *Epistemologia e sociologia*, cit.
74. G. Simmel, *Filosofia del denaro*, UTET, Torino, 1984.
75. L. Pannarale, *Il diritto e le aspettative*, cit.
76. L. M. Friedman, *Il Sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, op .cit.
77. *Ibidem*.
78. P. Ronfani, *Alcune riflessioni sul rapporto tra Sociologia del diritto e Psicologia*, Working Paper n. 20, Centro Interuniversitario di Ricerca sulla Sociologia del Diritto e delle Istituzioni Giuridiche (C.I.R.S.D.I.G.), Messina.
79. L. M. Friedman, *Il Sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, cit.
80. R. Cotterell, *Concept of Legal Culture*, in D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Adelrshot, 1997.
81. cfr. L. M. Friedman *The Concept of Legal Culture: A Reply*, in D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, cit.
82. A. Febbrajo, *Introduzione*, in A. Febbrajo (a cura di), *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, Giuffrè, Milano, 2006.
83. D. Nelken, *Using the Concept of Legal Cultures*, in "Australian Journal of Legal Philosophy", 29, pp. 1-28, 2004; cfr. D. Nelken, J. Feest (eds), *Adapting Legal Cultures*, Hart pub., Oxford-Portland, 2001.
84. L. M. Friedman, *Total Justice*, Russell Sage Foundation, New York, 1994.
85. cfr. E. Goffman, *Frame Annalysis*, cit.
86. P. Berger, B. Berger, H. Kellner, *The Homeless Mind. Modernization and Consciousness*, Random House, New York, 1973.
87. L. M. Friedman, *Total Justice*, cit.
88. P. Barcellona, *Diritto senza società*, cit.
89. D. Easton, *A System Analysis of Political Life*, Wiley, New York, 1965.
90. A. Marradi, *Sistema giudiziario*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 1983.
91. L. M. Friedman, *La Società orizzontale*, Il Mulino, Bologna, 2002.
92. N. C. Tate, T. Vallinder (eds), *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York-London, 1995.
93. *Ibidem*.
94. *Ibidem*.
95. C. Guarnieri, *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
96. C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997.
97. P. P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. Costa, D. Zolo, (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2003.
98. P. P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, cit.
99. cfr. A. Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
100. M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, il Mulino, Bologna, 2002.

101. *Ibidem*.
102. R. Kosellek, *Futuro Passato. Per una semantica dei tempi storici*, Editore Marietti, Genova, 1986.
103. M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit.
104. A. Garapon, *I custodi dei diritti, Giustizia e Democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1996.
105. M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit.
106. *Ibidem*.
107. F. Ost, D. De Kerchove, *Se la Piramide au resau? Vers un Nouveau mode de production du droit?*, in "Revue Interdisciplinaire d'études juridiques", 44, p. 1 ss., 2000.
108. M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit.
109. *Ibidem*.
110. *Ibidem*.
111. C. Guarnieri, *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit.
112. *Ibidem*.
113. C. Guarnieri, *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit.
114. *Ibidem*.
115. *Ibidem*.
116. C. Guarnieri, *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit.
117. M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit.
118. A. Garapon, *I custodi dei diritti*, cit.
119. Z. Bauman, *Le sfide dell'etica*, Feltrinelli, Milano, 1996.
120. E. Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Il Saggiatore, Milano, 2007.
121. A. Schütz, *La struttura significativa del mondo sociale*, cfr. A. Schütz, Th. Luckmann *Strukturen der Lebenswelt*, UVK, Konstanz, 2003.
122. L. Baccelli, *Ordine e teoria dei sistemi*, in "Parole chiave", 7-8, 1995.
123. Cfr. J. Habermas, *Il pensiero post-metafisico*, cit.
124. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
125. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1992.
126. L. Baccelli, *Praxis e poiesis nella filosofia politica moderna*, Franco Angeli, Milano 1991.
127. L. Baccelli, *Ordine e teoria dei sistemi*, cit.
128. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
129. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
130. *Ibidem*.
131. *Ibidem*.
132. *Ibidem*.
133. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
134. *Ibidem*.
135. F. Belvisi, *I lati oscuri di un abbaglio*, cit.
136. L. Baccelli, *Ordine e teoria dei sistemi*, cit.
137. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.

138. *Ibidem*.
139. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
140. J. Habermas, *Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien* 1985, tr. it. di F. Biondo, in A. Mastropaolo (a cura di), *La nuova oscurità. Crisi dello Stato sociale ed esaurimento delle utopie*, Edizioni Lavoro, Roma, 1998.
141. cfr. L. Pannarale, *Il diritto e le aspettative*, cit.
142. F. Belvisi, *I lati oscuri di un abbaglio. Ovvero: società multiculturale, costituzione e diritto*, in U. Melotti (a cura di), *L'abbaglio multiculturale*, SEAM, Roma, 2000.
143. H. Vollmer, *Akzeptanzbeschaffung: Verfahren und Verhandlungen*, in "Zeitschrift für Soziologie", 2, p. 13 ss., 1996.
144. F. Belvisi, *I lati oscuri di un abbaglio*, cit.
145. S. Simitis, G. Zenz (eds), *Familie und Familienrecht*, vol. I, Band, Frankfurt a. M., 1975.
146. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
147. S. Simitis, G. Zenz (eds), *Familie und Familienrecht*, cit.
148. P. Cendon, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia? Domestic Torts e risarcimento del danno*.
149. P. Cendon, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia? Domestic Torts e risarcimento del danno*, cit.
150. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
151. P. Calidoni, *Tra standardizzazione e mondi vitali*, in "Dirigenti Scuola", 8, 2001.
152. P. Calidoni, *Tra standardizzazione e mondi vitali*, cit.
153. *Ibidem*.
154. *Ibidem*.
155. M. L. McNeil, *Contradictions of School Reform. Educational Costs of Standardized Testing*, Routledge, New York -London, 2000.
156. *Ibidem*.
157. S. Simitis, *Juridification of Labor Relations*, cit.
158. *Ibidem*.
159. *Ibidem*.
160. *Ibidem*.
161. AFG-*Arbeitsfoerderungsgesetz* Sec. 103 (Normativa sulla promozione del lavoro, 25 giugno 1969, Germania Ovest).
162. *Code du Travail* Art. L. 351-4 (Legge della Repubblica Francese, n° 73-4, 2 gennaio 1973).
163. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
164. *Ibidem*.
165. H. Zacher, *Juridification in the Field of Social Law*, in G. Teubner (eds), *Juridification of Social Spheres*, cit.
166. *Ibidem*.

Capitolo 3

Giustizia riparativa: tra l'essere e il dover essere

Premessa

I moduli di pensiero dominanti nell'età nostra, che alcuni di noi sono inclini a considerare chiari e coerenti, saldamente fondati e definiti, difficilmente agli occhi delle prossime generazioni potranno sembrare tali (1). A. Lovejoy

Colonizzazione giuridica della *Lebenswelt* significa regolazione giuridico/giudiziaria pervasiva degli stati di bisogno che si manifestano in ambiti di azione strutturati in modo comunicativo, con effetti di *reificazione*; significa particolare forma di sterilizzazione delle reti informali che, in quegli ambiti, partecipa(va)no alla composizione endogena dei conflitti sociali. Quelle reti sociali, già in buona parte esautorate dal "funzionamento" del Welfare State biopolitico, nel senso di giuridificate e "surrogate" dal suo "agire" razionalmente orientato alla gestione preventiva dei conflitti sociali, appaiono, successivamente alla crisi di quella stessa razionalità socio-politica, irreversibilmente (semberebbe) esaurite, private della loro capacità minima di funzionamento, azzerate nella loro cifra di performatività.

La ristrutturazione formale di relazioni simboliche, per opera del diritto "pervasivo" attualizzato dal giudice, plasma la percezione del conflitto, interpretato socialmente secondo i canoni giuridici. L'azione di regolazione del conflitto è di conseguenza giuridicamente orientata, in senso quasi assoluto: un'unica soluzione al conflitto, quella giudiziaria; solo la parola densa simbolicamente, strutturante e ufficiale del giudice per materie che vanno dalla tutela dei diritti umani alla gestione della microconflittualità di vicinato.

In questa parte dello studio, mi dedicherò all'analisi del *Restorative Justice Paradigm* come dispositivo di regolazione della conflittualità sociale *oltre* le categorizzazioni del dispositivo giuridico, dispositivo la cui insorgenza (e funzionamento) è concettualizzabile come "reazione" strutturata alla colonizzazione della *Lebenswelt*, come operazione "strategica" di rivitalizzazione della stessa. Tale paradigma, le cui precondizioni di emergenza storica sono rappresentate dai processi critici del Welfare State biopolitico e dalle macro-trasformazioni giuridiche ad essi conseguenti, si configura, in Europa, come una delle novità fondamentali nel panorama di regolazione di conflittualità sociale a partire dalla seconda metà degli anni settanta del secolo scorso (in USA, con dieci anni di ritardo in Europa, venti in Italia) una *silenziosa rivoluzione* che segna forse il passo degli imperanti paradigmi giuridici/giudiziari.

1. Giustizia riparativa: una prima ricognizione dei significati sociali

La mia tesi, è che nel contesto sopra sintetizzato, è possibile assistere all'emergere di dinamiche sociali "antagoniste" alla colonizzazione giuridico/giudiziaria, che si pongono come obiettivo di responsabilizzare la società civile e di restaurare capacità e virtù di autoregolamentazione dei conflitti sociali, beneficiando di un ampio capitale di "*simpatia sociale*" (2). Una specie di *reazione naturalmente strutturata*, effetto di una connaturata tendenza *entropica* (3) dei sistemi sociali alla produzione di un *diverso ordine* oltre (o forse contro) la regolazione iper-formalizzata di tipo giuridico/giudiziario. Il modello riparativo-mediatorio dunque, sembrerebbe svilupparsi "rizomaticamente" (4) secondo questa prospettiva, nei mondi vitali progressivamente sterilizzati dai sistemi formali di produzione di ordine giuridico (famiglia, scuola, lavoro), come un diverso *kosmos* frutto della reazione "entropica" della *Lebenswelt*.

La *Restorative Justice* (o Giustizia riparativa), intesa in prima approssimazione come modello d'intervento complesso su conflitti sociali (originati da un reato o che si sono espressi attraverso un

reato), caratterizzato dal ricorso a strumenti che promuovono la *riparazione* degli "effetti perversi" della stessa relazione conflittuale (cessazione comunicazione, autismo sociale, forme di violenza) e la riconciliazione tra i partecipanti del conflitto, opera negli spazi d'interazione sociale con l'obiettivo della trasformazione costruttiva delle criticità relazionali (e degli eventuali risvolti materiali delle stesse), attraverso azioni di stimolazione della partecipazione e di rimessa in comunicazione.

Il modello riparativo si configura come un insieme di azioni di costruzione-ri-costruzione di scambi comunicativi, finalizzati alla gestione delle ragioni e delle condizioni della *compatibilità relazionale* in uno spazio (quello della *Lebenswelt*), altrimenti gestito mediante la privazione della sua fondamentale risorsa: quella comunicativa, in forza dell'azione giuridico/giudiziaria di regolamentazione dei conflitti che in essa naturalmente si sviluppano, e che, interpretati secondo un'antropologia negativa come patologia sociale, si cerca, attraverso il diritto attualizzato dal giudice, di neutralizzare.

Questo "nuovo" modello, a ben vedere, rappresenta molto più della semplice applicazione di una tecnica di trattamento dei conflitti, configurandosi come processo di produzione di *disocialità* in grado di rigenerare legami tra le persone e di moltiplicare le possibilità di condividere e affrontare situazioni problematiche, rigenerando così il tessuto connettivo che lega i confliggenti al loro ambiente di vita. A partire dall'esplorazione delle dinamiche sociali esistenti intorno al conflitto, è possibile che la Riparazione "leghi" tutte le componenti sociali coinvolte nel processo conflittuale, inserito, in ogni fase del suo sviluppo, nella *Lebenswelt* (il suo contesto naturale), in un flusso continuo di produzione di realtà, attraversando vari gradi e sfumature di "internità" al tessuto sociale, modificando il contesto e modificandosi a sua volta in relazione ad esso.

Inserendosi nel flusso di comunicazione (o di non-comunicazione) caratteristico del conflitto, interagendo con la realtà sociale "locale", i processi di gestione riparativa dei conflitti "da crimine" vanno a configurarsi come intervento complesso, alimentato dalle risorse disponibili nell'ambiente vitale in cui germina il rapporto di opposizione, finalizzato al miglioramento della vita dei confliggenti e della comunità in cui questi vivono. Le diverse argomentazioni e le diverse prospettive, possono, secondo quest'angolazione, reciprocamente confrontarsi e scontrarsi con pari dignità, partendo dall'ascolto attivo, dall'astensione consapevole dell'azione autoreferenziale, producendo come effetto l'azione comune dei soggetti confliggenti per la trasformazione della realtà problematica che stanno vivendo. Il senso di questa azione rimane all'interno della comunità e si nutre di dinamiche di partecipazione (5). In questo processo interattivo, la Riparazione contamina la comunità sulla possibilità di trovare sempre migliori soluzioni funzionali alla gestione del conflitto, stimola le mediazioni necessarie e segue il processo di "soluzione" e i suoi effetti nel corpo sociale, interagendo coi soggetti nel progettare azioni e praticare soluzioni. In ogni territorio sociale, l'approccio alla gestione dei conflitti stimola la creazione di momenti stabili e informali di dibattito e confronto sulle problematiche evidenziate dai confliggenti stessi, divenuti protagonisti di esperienze di gestione partecipata e integrata del proprio conflitto, nel proprio ambiente sociale.

Più analiticamente, si può sostenere che col paradigma riparativo, attraverso la sostanziale restituzione alle parti del potere di generare una rappresentazione della realtà del conflitto aderente alla percezione delle stesse, non sclerotizzata in forme astratte dalla sussunzione giuridica; attraverso la rielaborazione *inter partes* degli aspetti affettivo-relazionali e materiali del conflitto, con modalità che variano a seconda della tecnologia riparativa utilizzata; per mezzo della costruzione consensuale dell'eventuale "soluzione" all'opposizione interpersonale, diventa possibile una forma di *ricomposizione* delle modalità di regolazione sociale, per la ricostruzione degli spazi sociali comunicativamente strutturati, nella prospettiva di una diversa forma di produzione di ordine sociale all'interno e in un certo senso per mezzo, delle potenzialità comunicative della stessa *Lebenswelt*.

Da un'altra angolazione, "macro" si potrebbe dire, la riparazione avviene a condizione di una ridefinizione della relazione tra Stato e società, superando l'orizzonte della regolazione *assolutistica* del diritto. La Riparazione, infatti, non è una semplice tecnica di gestione dei conflitti, perché traduce l'esigenza di un nuovo modello di regolazione sociale che mira ad una "ricomposizione" tra Stato e società. Secondo questa prospettiva, la legittimità della Riparazione non si fonda sulla difesa di un ordine pubblico o sulla razionalità giuridica che spesso recide i legami sociali in un orizzonte atomistico, ma sulla costruzione di un nuovo equilibrio nelle relazioni tra le parti in conflitto. Si tratta perciò di entrare in un quadro operativo di nuovi significati: entrare nella complessità delle relazioni comunicativamente strutturate costituenti specifici mondi vitali, delle simbolizzazioni, della crescita sociale, raccordando la trasgressione con la comunità locale, implicando la rivitalizzazione del mondo

vitale, nel momento in cui il gruppo sociale tende a riconoscere il proprio conflitto e le ragioni che ne stanno alla base.

La Riparazione, è dunque collocabile nell'ambito della "degiurisdizionalizzazione" e "degiuridificazione" del conflitto, che sposta l'obiettivo dalla risoluzione del conflitto alla gestione dello stesso (6), mediante la sua "ri-collocazione" nella *Lebenswelt*. Non lontano, dunque, dalla riflessione di Jean Carbonnier sulla logica del *non-diritto*, in un'ottica di riduzione della "pressione giuridica" (7), in una fase storica in cui si richiede un'estrema flessibilità e duttilità del diritto in relazione alla complessità sociale.

La Riparazione pertanto, non si riduce ad una semplice alternativa alla Giustizia retributiva o rieducativa, come pure in certe tassonomie scientifiche appare (8), ma rappresenta una modalità di regolazione sociale che si affianca e supera lo stesso dispositivo giuridico/giudiziario per la gestione delle situazioni di conflitto sociale, e se ne differenzia sul piano dei principi, delle categorie interpretative, dei criteri di razionalità: mentre il diritto tende a strutturare gli spazi d'interazione sociale significativi secondo una prospettiva e con mezzi "esogeni" rispetto agli stessi spazi, riducendo la capacità decisionale dei singoli, la Riparazione tende a restituire la capacità decisionale e la responsabilità nella gestione dei conflitti, assecondando flessibilmente la specificità della relazione conflittuale. In sintesi: mentre il diritto "assolutisticamente" mira alla colonizzazione dei mondi vitali, la Riparazione ne cerca la rivitalizzazione.

È dunque, insostenibile l'analisi "comparata" di Riparazione con gli altri modelli giuridico-penali, considerato il carattere del tutto eterogeneo di quegli aggregati, data l'irriducibilità della Riparazione ad un paradigma giuridico-penale.

Un altro livello rilevante dell'analisi della Riparazione, è quello relativo allo spostamento dell'accento dall'idea di "elusione" e "risoluzione" del conflitto come patologia sociale, all'idea di una "gestione ecologica" costruttiva del conflitto come occasione di crescita sociale.

Idea quest'ultima, che recupera la validità positiva e pedagogica del conflitto, che vede nel conflitto, non un *male in sé*, ma nient'altro che una "situazione", un evento della vita umana, la cui negatività e positività non dipendono da sue caratteristiche intrinseche e date *a priori*. L'obiettivo è fare del conflitto una risorsa, trasformandolo in una fonte di confronto e dialogo, un'occasione per favorire la delineazione delle identità individuali e di gruppo; il conflitto non viene affrontato in una prospettiva di patologia e di relativa cura: la prospettiva è invece, quella del "*prendersi cura*" del conflitto senza volerlo "*curare*". Il prendersi cura (*ethic to care*), si esprime nella tendenza a conciliare opposti interessi, nella ricerca di soluzioni approvate da tutte le parti, le quali, per raggiungere l'accordo finale, sono invitate a moderare le rispettive pretese per renderle accettabili alle controparti, con un atteggiamento di compromesso costruttivo tipico del modello *win-win* (9), che si basa sul rispetto e sulla comprensione delle posizioni altrui, premesse indispensabili della convivenza civile. Inoltre, il ricorso a quella che è stata efficacemente definita "*giustizia coesistenziale*", ha la funzione di evitare di pregiudicare irrimediabilmente, a causa di un isolato contrasto, una complessa rete di rapporti interpersonali. La potenzialità da riconoscere ai processi di Riparazione è dunque quella di poter compensare lo sfaldamento progressivo dei modi di socializzazione e di regolazione dei conflitti in un contesto "anomico" - vale a dire, un contesto in cui il dispositivo deputato "assolutisticamente" alla regolazione del conflitto non riesce a produrre ordine - fatto che genera inevitabilmente una crisi del legame sociale. Tale crisi si caratterizza per la presenza di una società di individui sempre più autonomi, per i quali la nozione di interesse generale si declina a partire da una concezione settoriale e particolaristica del bene pubblico.

Per arginare questo fenomeno, è necessario creare un'identità collettiva idonea a ri-articolare segmenti di un tessuto sociale teso, logoro, che lo Stato e il diritto, con gli strumenti tradizionali a disposizione, non sono in grado di garantire. Le strategie di tipo giuridico-assistenziali, sono risultate insufficienti per gestire gli effetti di una cultura dell'individualismo che ha prodotto una crisi generale *dell'alterità*, cioè un'incapacità di comunicare, di accettare l'altro nella sua individualità, nella sua diversità, di concepire la portata reale della nozione d'interesse generale. Questa crisi, che è crisi della *Lebenswelt*, stimola, naturalmente, la ricerca di nuove modalità di vita collettiva, che possano affondare le radici in quella che Habermas chiama "*solidale coesistenza di estranei*" (10), presupposto indispensabile del nostro vivere civile. La Riparazione, nella sua dimensione collettiva e interculturale, costituisce una possibile alternativa, portatrice di una nuova concezione della democrazia.

Con la Riparazione, in sintesi, si tenta di attivare un processo consensuale che si oppone ad una

concezione verticale dell'esercizio del potere, un processo in cui entra in gioco la dimensione linguistica, finalizzata all'intesa, al consenso e alla condivisione di punti di vista e d'immagini del mondo sullo sfondo della *Lebenswelt*, la cui rivitalizzazione può essere considerato l'obiettivo ultimo dell'intervento riparativo.

2. Giustizia riparativa: il paradigma nelle interpretazioni "tradizionali"

Prima di approfondire il particolare significato sociale che nella mia prospettiva detiene la Giustizia riparativa, ritengo opportuno analizzare le diverse formulazioni che negli anni sono state elaborate per dare conto delle caratteristiche strutturali e funzionali della Riparazione, per poi individuare il punto focale, il comune denominatore e gli aspetti critici delle diverse definizioni, che si vedranno piuttosto divergenti dalla nozione di Riparazione come forma di agire comunicativo, che successivamente proporrò.

Un tradizionale schema classificatorio delle formulazioni della Riparazione, è quello che si impernia sulla distinzione teorica tra definizioni orientate sulle vittime del reato, definizioni orientate sulla comunità, definizioni orientate sui contenuti o sulle modalità della *restoration* (11).

2.1 La nozione orientata sulla vittima del reato

Le definizioni di Giustizia riparativa che negli ultimi venti anni hanno scandito soprattutto la letteratura anglosassone hanno come comune denominatore l'orientamento alla vittima del reato. L'assoluta innovazione risiede nel superamento della funzione prettamente punitiva della sanzione penale e nell'accoglimento di una prospettiva che si allarga alle possibili oggettivazioni dell'offesa arrecata con il reato. La Giustizia riparativa non circoscrive rigidamente l'azione delittuosa ad una condotta illecita, causa di una "frattura" della convivenza civile e punibile in modo equo, ma abbraccia una realtà più complessa, ponendo nella concezione vittimologica il fondamento di una nuova visione dell'offesa arrecata dalla commissione di un illecito.

La partecipazione della vittima al conflitto ed al processo offre l'opportunità di riguadagnare un elemento di controllo sulla propria vita, sul proprio senso di sicurezza e sulle proprie emozioni. Un ruolo di particolare efficacia riveste la concezione di Giustizia riparativa elaborata da Martin Wright (12) a fronte della portata globalizzante del danno, in quanto attesta la necessità di tutelare la vittima durante la gestione del conflitto attraverso la Riparazione. Secondo l'autore, la Giustizia riparativa supera la logica del *malum passionis ob malum actionis*, dato che la risposta al reato trova la sua legittimazione morale nel danno cagionato, ma non si esaurisce nell'inflizione di un male ulteriore (pena), non altrimenti legittimabile se non nei noti termini della necessità etica o della prevenzione recidivante. In altri termini, la risposta al delitto dovrebbe essere impostata su contenuti riparativi piuttosto che retributivi, la cui valenza deve, tuttavia, esplicitarsi per evitare di incorrere in vane mistificazioni che legano inscindibilmente il reato alle sanzioni vessatorie ed afflittive.

2.2 La nozione orientata sulla comunità

L'evoluzione del paradigma riparativo è stata nutrita dai movimenti di pensiero relativi al ritorno a modelli di "*community justice*"; si rende, dunque, necessario evocare il concetto di comunità, considerandola secondo diverse angolature prospettive:

- ~ come vittima o danneggiato, per cui l'attenzione si focalizza sulla titolarità del bene giuridico protetto dalla norma penale e sulla quantificazione del danno;
- ~ come destinatario degli interventi di riparazione e di rafforzamento del senso di sicurezza collettivo;
- ~ come attore sociale del percorso di riparazione dell'offesa arrecata con la commissione di un illecito.

Giustizia riparativa e comunità appaiono quindi inscindibilmente connessi, un legame che spinge ad affrontare, almeno in termini generali, il problema definitorio del concetto di "comunità".

Si tende a fare della società un'astrazione, un'entità teorica su cui è possibile qualsiasi affermazione. Ciò dipende dal fatto che è radicata in noi la dimensione del privato, di ciò che ci appartiene. Alla Giustizia riparativa, secondo questa prospettiva, si assegna il compito di rinsaldare i legami sociali e di richiamare ciascuno ad un maggior senso "comunitario".

2.3 La nozione orientata sui contenuti e sulle modalità della riparazione

L'analisi sui contenuti della riparazione s'innesta in uno scenario che pone sullo sfondo i problemi fondamentali ed ineludibili del diritto di punire e del sistema sanzionatorio di cui si avvale il sistema penale classico.

Come accennato, i principali contenuti operativi della Giustizia riparativa ruotano attorno all'aspetto riparativo in senso stretto ed all'aspetto comunicativo-relazionale del conflitto (13).

Gli anni Settanta vedono fiorire, negli Stati Uniti, il "*restitution movement*", in reazione all'insoddisfazione per il *deficit* di tutela delle vittime che caratterizzava il sistema punitivo nordamericano, orientato alla logica del trattamento e della pena indeterminata. La *restitution*, che si pone a favore delle vittime per offrire una riparazione concreta del danno derivante da un reato, ricerca modelli sanzionatori alternativi a quelli propriamente afflittivi, tenta di promuovere la rieducazione del reo ed allo stesso tempo funge da contenitore di sentimenti di vendetta personali.

Tale modello ha avuto una vasta risonanza anche in Europa, ove oggi è considerato addirittura preferibile a quello incentrato sulla sanzione penale di matrice retributiva.

Nell'ottica strettamente "restitutiva" persino la pena detentiva, irrinunciabile solo per i soggetti socialmente pericolosi, si arricchisce di componenti riparatorie.

I positivisti, verso la fine del 1800 (14) sostenevano l'inscindibilità dell'esecuzione penale con l'obbligo, per il detenuto, di prestare attività lavorativa, i cui proventi da destinare in parte alla riparazione delle vittime ed in parte allo Stato, quale contributo per il mantenimento in carcere.

La riparazione offre al reo una reale possibilità di reintegrarsi nella comunità.

Barnett (15) ha così compendiato i vantaggi che si associano all'adozione di un modello *restitutivo*:

- ~capacità, da parte del sistema, di offrire assistenza concreta alle vittime;
- ~maggiore visibilità del crimine (riconoscimento del danno);
- ~valenza rieducativa e responsabilizzante dell'attività di riparazione in quanto "la condotta riparativa può alleviare il senso di colpa o di ansia che altrimenti potrebbero condurre alla commissione di un nuovo reato" (16);
- ~l'opportunità per il reo di autodeterminare i contenuti della condanna (quando la misura della pena dipende dalla capacità del condannato di riparare interamente il danno attraverso forme di lavoro "risarcitorio", questi può essere motivato ad impegnarsi al massimo per scontare una pena il più breve possibile);
- ~contenimento della spesa pubblica;
- ~maggiore tenuta general-preventiva del sistema (l'obbligo di riparare il danno alla vittima dovrebbe contribuire ad alimentare, nei consociati, la sensazione che il crimine "non paga").

Analogamente l'autore ha definito le obiezioni che possono essere mosse al paradigma riparativo:

- ~non è semplice valutare il danno globale sofferto dalla vittima ed eventualmente dalle vittime secondarie;
- ~il reato non coinvolge solamente l'autore e la sua vittima, ma anche la comunità in cui il comportamento antigiuridico si è verificato;
- ~la pena economica non sembra esercitare un'efficace deterrenza;
- ~la riparazione attraverso l'attività lavorativa del reo non è scevra da problematiche di implementazione relative i soggetti sprovvisti di professionalità specifiche ma anche relativi la capacità del sistema di garantire l'accesso alle opportunità di lavoro;
- ~molte critiche si accompagnano a fronte di quei reati che non comportano la lesione o la reale messa in pericolo di un bene giuridico e dei reati senza vittima;
- ~il ricorso ad un modello puramente restitutivo attenuerebbe considerevolmente le differenze

intercorrenti tra responsabilità penale e responsabilità civile.

La dimensione psicologica del danno e i suoi riflessi nella comunicazione sociale tra autore e vittima, costituiscono le fondamenta su cui si ergono alcune delle nozioni di Giustizia riparativa incentrate proprio sulla fondamentale necessità di ripristinare la relazione sociale fra i soggetti coinvolti nel reato.

Numerosi assunti si fondano sull'aspetto comunicativo (17) che la commissione dell'illecito può aver corrosato in modo più o meno profondo, estendendo, in tal modo, alle rispettive comunità di appartenenza, la dimensione del conflitto.

3. Gli obiettivi della giustizia riparativa nelle interpretazioni "tradizionali"

In concreto i principali obiettivi che intende perseguire la Giustizia riparativa, secondo le interpretazioni tradizionali, possono essere suddivisi in base al *target* di destinatari delle politiche di riparazione:

- obiettivi ENDO-SISTEMATICI, a destinatario SPECIFICO-INDIVIDUALE.

Il riconoscimento della vittima: la parte lesa deve potersi sentire dalla parte della ragione e deve poter riguadagnare il controllo sulla propria vita e sulle proprie emozioni, superando gradualmente i sentimenti di vendetta, rancore ma anche di sfiducia verso l'autorità che avrebbe dovuto tutelarla. La riparazione dell'offesa nella sua dimensione complessiva, oltre alla componente strettamente economica del danno dovrebbe essere valutata, ai fini della riparazione, anche la dimensione emozionale dell'offesa, che può essere causa di insicurezza collettiva e può indurre i cittadini a modificare le abitudini comportamentali. Tutto ciò senza perdere di vista il principio di proporzionalità e senza cadere in forme di retribuzione mascherata, in quanto il comportamento attivo richiesto all'autore non è imposto in funzione affittiva, bensì riconciliativa e riparativa. L'autoresponsabilizzazione del reo: ogni tentativo di promuovere concrete attività riparative non può prescindere dal consenso dell'autore del reato, specialmente se si considera che la riparazione si snoda lungo un percorso che dovrebbe condurre il reo a rielaborare il conflitto ed i motivi che lo hanno causato, a riconoscere la propria responsabilità e ad avvertire la necessità della riparazione.

- obiettivi ESO-SISTEMATICI, a destinatario GENERICO-COLLETTIVO.

Il coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione: la comunità, in particolare, dovrebbe poter svolgere un duplice ruolo. Non solo, riduttivamente, quello di destinatario delle politiche di riparazione, ma anche e soprattutto quello di attore sociale nel percorso che muove dall'azione riparativa del reo. Il rafforzamento degli standards morali: dalla gestione comunicativa e comunitaria del conflitto e dallo svolgimento di concrete attività riparative dovrebbero emergere, infatti, concrete indicazioni di comportamento per i consociati, che vanno proprio nel senso auspicato dalle teorie della prevenzione generale positiva, vale a dire quello di contribuire al rafforzamento degli standards morali collettivi.

Il contenimento dell'allarme sociale: il raggiungimento di tale obiettivo è possibile solo a condizione che si restituisca alla comunità la gestione di determinati accadimenti che hanno un impatto significativo sulla percezione della sicurezza da parte dei consociati.

3.1 Il riconoscimento della vittima

Quando il reato lede i diritti del singolo (che si riflettono in quelli comunitari), si richiede un intervento in grado di eliminare, se possibile, le conseguenze cagionate dall'azione delittuosa attraverso un'attività riparatrice intrapresa dal reo.

La Giustizia riparativa si pone come obiettivo primario la presa in carico delle vittime del reato, le quali, di norma, assumono un ruolo marginale all'interno del procedimento penale.

Le persone vittime di reato, presentano dei bisogni specifici che, solo recentemente, il sistema giuridico ha iniziato a considerare: informazioni sul processo, riconoscimento del torto subito, interventi volti alla riparazione del danno e messa a punto di un processo che non comporti un danno maggiore (18). Rispetto alla commissione di un reato, la condanna del colpevole e la commisurazione della pena, dosata in base alla gravità del fatto commesso ed al bisogno di risocializzazione del suo destinatario,

lasciano il posto all'esigenza di riconoscere primariamente la sofferenza insita in ogni esperienza di vittimizzazione. Il presupposto logico dell'acquisizione, da parte del reo, della consapevolezza dei contenuti lesivi della propria condotta è costituito dal riconoscimento della vittima che cessa di apparire come un oggetto impersonale per concretizzarsi a pieno titolo come persona, con il suo vissuto di sofferenza, di insicurezza, di umiliazione. La caratteristica principale legata alla Giustizia riparativa e fondante la sua essenza, è la possibile apertura all'incontro e al dialogo tra la vittima e l'autore di reato. Tale forma di comunicazione può esprimersi non solo chiamando in causa i due soggetti coinvolti, ma può organizzarsi in forma gruppale. L'idea basilare che va sottolineata è la sottrazione di una parte di autodeterminazione che il reato ha agito nei confronti della vittima. L'attuale sistema processuale penale non aiuta perché ignora le vittime o le usa come strumento per garantire una condanna. La Giustizia riparativa dovrebbe aiutare a riacquistare l'autonomia perduta, ma questo dipende, comunque, dalla sua applicazione. In Inghilterra, ai sensi del *Crime and Disorder Act 1998* (Legge su Crimine e Disordine del 1998), il tribunale può emettere un ordine di riparazione, che può includere il risarcimento e anche la mediazione vittima-autore di reato; ma la mediazione non è separata dal processo di accordo sulla riparazione (19). La soddisfazione della vittima, in concomitanza al senso di giustizia percepito dal reo, rappresenta il metro per valutare la qualità di un programma riparativo.

3.2 La riparazione del danno nella sua misura globale

Il fattore comune alle politiche di riparazione è incarnato dal danno complessivo subito dalla vittima. Riparare il danno nella sua globalità significa capire ed entrare in interazione con la sofferenza psicofisica della vittima, instaurando una strategia di riparazione del danno subito. La dimensione emozionale dell'offesa e l'insicurezza collettiva devono essere opportunamente valutate in quanto fattori predisponenti modifiche sostanziali alle abitudini di vita *ante delictum*.

La dimensione economica, parimenti importante, va equamente ponderata.

In proposito Daniel Van Ness (20) propone l'adozione di linee guida per quantificare razionalmente il danno:

◊Una prima valutazione è affidata ai destinatari della riparazione; si tratta di individuare le vittime, primarie e secondarie, e di stabilire una gerarchia tra le vittime cui spetta la riparazione (le vittime secondarie o la comunità, ad esempio, potranno beneficiare di forme di riparazione solo quando sia stato riparato il danno della vittima primaria);

◊Mentre il danno economico è più facilmente quantificabile, notevoli problemi crea la commisurazione del danno morale, inteso come *pretium doloris*. La riparazione della sofferenza, quando possibile, passa attraverso altri canali. L'umiliazione, l'angoscia, l'insicurezza derivanti dalla commissione di un illecito possono essere utilmente attenuati solo se si riesce ad arricchire la risposta istituzionale di strumenti basati sull'incontro, sul dialogo, sul riconoscimento reciproco tra autore e vittima che è, prima di tutto, comprensione biunivoca di un vissuto carico di sofferenza o di disagio, aiutando a pervenire a soluzioni che contengono riparazioni simboliche prima ancora che materiali (21).

◊Alla base della Giustizia riparativa è sorta la questione di separare la valutazione del danno derivante dal reato e la valutazione della colpevolezza del reo. A parità di colpevolezza si possono, infatti, avere danni che variano sensibilmente di entità, così come a danni di entità simile possono essere sottesi livelli di colpevolezza differenti, che dovrebbero essere considerati anche nella definizione della condotta riparativa. Questa istanza sembra contaminata dalla logica sanzionatoria penalistica. Se l'obiettivo primario della Giustizia riparativa è la riparazione dal danno, allora ogni indagine sulla colpevolezza, che rispecchia una logica di tipo retributivo, dovrebbe essere irrilevante ed esaurirsi nella riparazione della vittima. Notevole rilevanza assumono le condizioni economico-sociali del reo; la sanzione economica rischia di creare disparità di trattamento per la diversa efficacia affittiva che può comportare nei destinatari della sanzione stessa. La componente fondamentale della riparazione è il soddisfacimento degli interessi violati della vittima e non l'afflizione del reo.

3.3 L'autoresponsabilizzazione del reo

Sebbene la Giustizia riparativa si basi su una nuova visione che non si circoscrive più solamente

all'autore di reato, tuttavia il reo non viene escluso dal circuito giuridico, sacrificandone le esigenze o comprimendo le garanzie che lo tutelano dal diritto penale, al fine di ottimizzare l'effettività della tutela delle vittime o della comunità. Al contrario, l'autore di reato continua ad essere un co-protagonista nella gestione del conflitto, dato che la riparazione passa necessariamente attraverso un'attività positiva del reo stesso.

Ogni tentativo di avviare una mediazione o di promuovere concrete attività riparative si fonda, in primo luogo, sul consenso dell'autore di reato e, solo secondariamente, si snoda lungo un percorso che dovrebbe condurre il reo ad elaborare il conflitto e le cause che lo hanno originato, a riconoscere la propria responsabilità e ad avvertire la necessità di lenire l'altrui sofferenza. L'intervento riparativo è, dunque, orientato sia al soddisfacimento dei bisogni ed alla promozione del senso di sicurezza delle vittime, sia all'autoresponsabilizzazione ed alla presa in carico delle conseguenze globali del reato (danno alla vittima ed alla comunità) da parte del reo.

3.4 Il coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione

In questa prospettiva la comunità riveste il duplice ruolo di destinataria delle politiche di riparazione e di promotrice del percorso dell'azione riparativa. L'esperienza di vittimizzazione può, infatti, fungere da catalizzatore di dinamiche sociali e comunitarie che altrimenti resterebbero bloccate dalla istituzionalizzazione del conflitto.

"Nella prospettiva regolativa/comunitaria la vicenda della singola vittima non trova risposte unicamente in termini di servizio, ma diventa l'occasione per attivare una responsabilizzazione della collettività nei confronti degli aspetti della questione criminale, quali l'efficacia del controllo del territorio da parte delle forze dell'ordine, l'incidenza delle politiche preventive dell'ente locale, gli effetti dell'attività trattamentale penitenziaria, ecc, che l'evento della vittimizzazione mette in luce" (22).

Nel momento in cui gli interessi di cui sono portatori vittima e comunità divergono, la gestione del conflitto passa nelle mani dello Stato, sicché il giudice è l'unico legittimato a *jus dicere*(23).

3.5 L'orientamento delle condotte attraverso il rafforzamento degli standards morali collettivi

Nella gestione del conflitto anche la giustizia può agire come fattore di stabilizzazione sociale, almeno se si accede ad un modello di giustizia di tipo evolutivo, secondo il quale l'opzione criminale nasce come "conflitto" e si trasforma in "consenso" (24) i cui strumenti sono costituiti non dalle sanzioni ma dalla gestione comunicativa e comunitaria del conflitto con la promozione di concrete attività riparative.

Affinché sia espletata la funzione che il modello riparativo si propone, e cioè il rafforzamento degli standards morali collettivi, è necessario elevare a livello comunitario il processo riparativo e i suoi esiti concreti. Rispetto a questo obiettivo, che per certi versi coincide con la funzione generale del diritto di produrre sicurezza delle aspettative in caso di delusione, si rivelano utili quei modelli di riparazione strettamente indirizzati a tutte le parti interessate dal reato: reo, vittima e comunità.

3.6 Il contenimento del senso di allarme sociale

La commissione di un reato ha spesso come conseguenza immediata il verificarsi di un diffuso allarme sociale e l'aumento del senso di insicurezza dei cittadini. Si ritiene, a tal proposito, che la percezione collettiva debba essere controbilanciata da un intervento statale che sancisca l'antitetività di un comportamento violento all'ordinamento previgente, attivando risposte istituzionali relativamente la sua commissione. Ma la risposta istituzionale, con i suoi complessi meccanismi di attivazione, la sua lentezza procedurale, il suo esito incerto, spesso non riesce a soddisfare il bisogno collettivo di sicurezza incrementata dalla reiterazione dei comportamenti delittuosi.

Assicurare alla comunità il potere di gestire, almeno in parte, i conflitti che si verificano al suo interno, significa restituirle la capacità di recuperare il controllo su determinati accadimenti che hanno un impatto significativo sulla percezione di sicurezza dei consociati o sulle loro abitudini di vita: significa, in

sostanza, poter contenere l'insicurezza che deriva dalla percezione dei vari livelli di rischio della vittimizzazione (25).

4. Modelli comunicativi, riparazione e *Lebenswelt*: per una concettualizzazione alternativa della giustizia riparativa

Questa rapida ricognizione dei profili definitori "tradizionali", degli obiettivi e delle caratteristiche della tecnologia riparativa, lascia emergere alcuni motivi ricorrenti, alcune costanti per quanto riguarda il "senso" la Riparazione stessa. Penso alla retorica giustificativa vittimologica, all'appello continuo alle virtù civiche di non ben specificate comunità virtuose, alla riproposizione regolare (e non priva di ambiguità) della diade reo/vittima.

Questo *leit-motiv* teorico, variamente articolato, che informa le diverse modalità di gestione riparativa dei fenomeni criminosi sopra analizzate, incontra solo parzialmente la mia condivisione. Coerentemente all'analisi dei significati sociali della Riparazione, proposta ad inizio capitolo, ritengo che la concettualizzazione "classica" del paradigma riparativo sopra sintetizzata, presenti una pluralità di punti critici, che potrebbero invalidare le potenzialità del modello in questione.

Non mi diffonderò in questa sede sulle criticità sostanziali di detta lettura "classica" (il prossimo capitolo sarà dedicato integralmente a questo tema). Mi limito ad osservare come quella interpretazione conduca ineludibilmente all'assimilazione del paradigma riparativo agli altri paradigmi di giustizia penale (Retribuzione, Rieducazione), perdendosi in questo modo la specificità della Riparazione, come modello di interpretazione e gestione della conflittualità sociale potenzialmente trascendente il vocabolario giuridico-processuale per la gestione dei conflitti sociali, come genuino tentativo di superamento sostanziale dell'orizzonte punitivo.

Nella mia prospettiva invece, la Riparazione non consiste nel semplice prodotto di un processo storicamente determinato di elaborazione di nuove risposte penali a nuove questioni sociali; non è una formula *inedita* per una trasformazione qualitativa della penalità, centrata sulla gestione inclusiva, irenica e informale (ma pur sempre penale) dei conflitti; per me la Riparazione non è un miglior punire, perché più umano, più leggero, più rapido, non ha e non deve avere nulla a che fare con l'idea del punire.

Per me la Riparazione consiste, sul piano "*dell'essere*", nella reazione entropica della *Lebenswelt*, intesa come l'ambito di relazioni intersoggettive (e dell'intenzionalità del soggetto) che formano l'insieme di relazioni d'interazione quotidiana (anche conflittuale) con piena comprensione reciproca del senso dell'azione e della comunicazione intersoggettive (26), alla colonizzazione giuridica/giudiziaria, intesa come gestione del conflitto astrante la specificità del contesto relazionale in cui è ecologicamente radicato. Sul piano del "*dover essere*" credo possa essere tematizzata invece, come un'operazione "strategica" di rivitalizzazione/valorizzazione della *Lebenswelt*, dalla quale attingere le risorse comunicative per la gestione del conflitto (giuridicamente categorizzato come crimine) che si sviluppa in quello stesso spazio d'interazione sociale significativa.

È necessario a questo punto essere più analitici e cercare di meglio esprimere concettualmente il nesso che lega, nella mia prospettiva, queste due "centrali" realtà (Riparazione e *Lebenswelt*), con l'obiettivo di rovesciare la concettualizzazione tradizionale della Riparazione come ennesimo esempio di paradigma punitivo.

Ricordo che nella sua estremizzazione della prospettiva semantica e pragmatica dell'analisi sociale, Habermas ha sostenuto che la relazione fra comunicazione linguistica e agire sociale presupponesse il linguaggio come *medium* dei processi di comprensione e intesa fra i partecipanti alla comunicazione. Linguaggio e agire non coincidono, bensì il linguaggio è il *medium* comunicativo che serve ai partecipanti per comprendersi e intendersi. L'agire comunicativo orientato al reciproco comprendersi, comporta che i partecipanti attuino i propri piani di comune accordo, in una situazione definita insieme, diversamente dall'*agire strumentale*, che appare invece orientato verso la trasformazione della realtà esterna, considerando l'azione come razionale, soltanto se l'attore adempie le condizioni che sono necessarie per la realizzazione dell'intento di intervenire con successo nel mondo.

Sullo sfondo dell'agire comunicativo, c'è la dimensione del mondo vitale (*Lebenswelt*), serbatoio di evidenze e convinzioni che i partecipanti alla comunicazione utilizzano per i processi d'interpretazione e di interazione cooperativa, ma che è esso stesso soggetto a valutazioni di validità (27).

Volendo leggere la Giustizia riparativa utilizzando la "lente" habermasiana dell'agire comunicativo, si potrebbe sostenere che la Riparazione consiste fondamentalmente, in una tecnologia d'interpretazione e gestione del conflitto sociale, che attraverso la risorsa comunicativa attinta dai mondi della vita quotidiana, permette ai partecipanti al conflitto di produrre-riprodurre "argomentativamente" il significato dell'interazione conflittuale e di gestirla costruttivamente e coerentemente a quella specifica rappresentazione del conflitto, prescindendo dalla riduzione "oggettivistica" che ne farebbe il dispositivo giuridico. Il senso del conflitto sociale, viene quindi prodotto all'interno dei mondi della vita quotidiana, esaltando la dimensione "calda" della comunicazione, la dimensione emozionale e la capacità decisionale dei partecipanti alla relazione conflittuale. L'istanza che garantisce l'intervento non invasivo e costruttivo sul conflitto, è data dunque dalla coerenza dell'intervento riparativo con la struttura della *Lebenswelt*, terreno delle relazioni intersoggettivamente condivise, presupposta dai soggetti socializzati.

La gestione del conflitto si compie prima di tutto nella modalità di *atti linguistici* incorporati in nessi interattivi ed intrecciati ad azioni strumentali, assurgendo la razionalità comunicativa *a medium* per la gestione del conflitto e per la riproduzione simbolica dei mondi della vita. L'uscita dalla propria soggettività autoreferenziale e apertura *all'Alter*, attraverso l'incontro e la comunicazione, vero ponte tra soggettività e intersoggettività, è lo strumento per una regolazione non invasiva e costruttiva delle relazioni conflittuali.

In sintesi: interpretare il fenomeno criminoso come conflitto sociale, utilizzando le categorie dell'ambiente vitale nel quale il conflitto germina, e gestirlo con strumenti ad esso coerenti, come la rielaborazione della relazione attraverso la risorsa comunicativa, non mediata dalle forme cristallizzate del diritto.

Con la Giustizia riparativa, dunque, si opera nel senso di contribuire alla costruzione-ri-costruzione delle norme consensuali radicate nel mondo vitale, che consentono di sviluppare azioni e interazioni sociali significative nell'ambito conflittuale: quando le parti iniziano a darsi delle regole (e già questo è un assunto importante nell'attività di riparazione) si coglie un'evoluta apertura intellettuale che trova compimento ed assoluta realizzazione nell'atto linguistico, nella riapertura dei canali comunicativi. Quegli stessi canali comunicativi che non sarebbero riattivabili dal dispositivo giuridico/giudiziario di regolazione del conflitto, meccanismo che anzi *espropriando* (28) il conflitto alle parti, nega qualsiasi forma di comunicazione "ecologicamente radicata" nella (e per la) relazione conflittuale. L'intervento riparativo si caratterizza invece, come attività finalizzata ad individuare, interpretare e accompagnare le modificazioni che intervengono nel sistema relazionale e si connota quale *operatività di confronto sociale* (29) che sollecita soggetti e gruppi a mettere alla prova le reciproche modalità relazionali al fine di cercare le ragioni e le condizioni di compatibilità.

La Riparazione vuole essere azione progettuale di regolazione come risorsa di costruzione o ricostruzione delle regole comunicative dei contesti nei quali si sviluppano azioni sociali e delle regole che nei contesti consentono il dispiegarsi d'interazioni sociali significative con riferimento alla valenza pubblica dell'agire (30). Il conflitto viene situato nel suo contesto, non subisce più l'astrazione violenta della giuridificazione o il trattamento omologante e cognitivamente semplificante ad esso riservato dal giudiziario, puntando invece alla valorizzazione dei destinatari della Riparazione.

Sotteso a tale prospettiva vi è il superamento della concezione del reato come mera violazione di una norma giuridica e l'accoglimento, viceversa, di una visione *relazionale-sociale* del fatto criminoso, che tenga conto di tutte le possibili estrinsecazioni dell'offesa come segmento di una più complessa relazione conflittuale.

L'obiettivo fondamentale dell'approccio riparativo è costituito, in quest'ipotesi, dalla ricomposizione della frattura nella comunicazione sociale tra "reo" e "vittima" (o meglio tra soggetti che partecipano a quel particolare processo relazionale che è il conflitto) provocata dalla commissione del reato (inteso come cristallizzazione giuridica del conflitto) o da sue conseguenze. Da questo punto di vista, la Giustizia riparativa lavora prevalentemente sulla dimensione relazionale del danno e sui suoi riflessi in termini di 'alterazione' della comunicazione sociale tra parti, cercando di ripristinarla attingendo alla *Lebenswelt*, come *setting* d'interazione nel quale si sviluppa quello specifico conflitto (e non in riferimento alle virtù

civiche di una sedicente comunità).

Considerando quanto appena detto, è da chiedersi se non sia possibile una riorganizzazione del sapere attorno ad una nuova categorizzazione della conflittualità che sottragga complessivamente il problema del conflitto alla concettualizzazione giuridico-penale (oggi imperante). Si pone la prospettiva di interpretare come il soggetto sia dentro un arco di conflitti, che per lui hanno tutti rilevanza, e come questa sia sostanzialmente la sua dimensione esperienziale che va gestita.

La sfida che la Giustizia riparativa lancia, è quella di cercare di superare la logica del castigo muovendo da una lettura *relazionale* del fenomeno criminoso, inteso normalmente come un *conflitto* (un particolare tipo di interazione sociale in cui uno o più attori coinvolti fanno esperienza di un'incompatibilità negli scopi o nei comportamenti) che provoca la rottura di aspettative sociali simbolicamente condivise, ecologicamente radicate in uno specifico mondo vitale. Il reato non viene riduttivamente considerato come un illecito commesso contro la società, o come un comportamento che incrina l'ordine costituito, un *crimen laesae maiestatis* (31) - che richiede una pena da espiare - bensì come una condotta intrinsecamente dannosa e offensiva, perché come tale percepita dai partecipanti alla relazione conflittuale, condotta che può provocare privazioni, sofferenza, dolore, e che richiede, da parte dell'attore, l'attivazione di forme di riparazione del danno, anticipata dalla ricostruzione attraverso la risorsa comunicativa attinta dalla *Lebenswelt* comune, dello stesso rapporto di opposizione interpersonale, prescindendo dalle categorizzazioni astratte giuridiche.

Da un punto di vista sociologico-giuridico, la Giustizia riparativa è configurabile come una *teoria "sociale" della giustizia*, le cui radici affondano nella ricerca di un modello di giustizia che sia in grado di far convergere su di sé il consenso dei vari gruppi sociali stanziati su un determinato territorio, il ri-dispiegamento della capacità endogena di ri-composizione e restaurazione del legame sociale deteriorato *dall'escalazione* (32) del conflitto, la rivitalizzazione del mondo vitale altrimenti irreggimentato dalla razionalità giuridica. Per queste ragioni, la Giustizia riparativa non offre soluzioni unilaterali, né produce effetti stigmatizzanti. In quanto giustizia che *"si prende cura"* anziché "punire", la Giustizia riparativa è orientata verso il soddisfacimento dei bisogni delle vittime, del "reo" e della comunità specifica in cui viene vissuta l'esperienza di vittimizzazione. Le questioni fondamentali non sono più "chi merita di essere punito?" e "con quali sanzioni?", bensì "qual è la percezione dei partecipanti al conflitto del conflitto stesso?" ed ancora "come percepiscono la loro posizione all'interno della relazione conflittuale?" successivamente "cosa può essere fatto per riparare l'eventuale danno?", laddove riparare non significa, riduttivamente, controbilanciare in termini economici il danno cagionato.

La Riparazione, infatti, ha una valenza più profonda e, soprattutto, uno spessore etico che la rende ben più complessa del mero risarcimento e che affonda le proprie radici nel percorso di riattivazione dei canali comunicativi tra soggetti in conflitto, nella rielaborazione della relazione secondo canoni "relazionali" e nella generazione di "soluzioni" consensuali.

La Giustizia riparativa costituisce un approccio innovativo e dinamico al conflitto "da reato" e insegna, soprattutto, che la società civile non ha bisogno solo e necessariamente di norme rinforzate da sanzioni che "sclerotizzano" mondi vitali - e il discorso vale soprattutto per le società complesse moderne - ma anche di un'etica della comunicazione (come modalità di gestione dei conflitti) che alle norme possa offrire una legittimazione e una conferma di validità. L'alternativa delineata dalla Giustizia riparativa, prevede che al binomio reato-pena, si contrapponga il binomio conflitto-riparazione, operando dunque una ri-codificazione epocale del fenomeno criminoso, ora inteso non in senso giuridico/giudiziario, ma relazionale, *sociale*: un conflitto; se da un lato il reato perde la sua connotazione pubblicistica di offesa ad un bene giuridico e ritorna come conflitto alle parti, dall'altro, parallelamente, il carattere deterrente e punitivo della pena lascia il posto ad una prospettiva di riparazione del danno e di ripristino comunicativo tra "vittima" ed autore del reato, attivando un processo di ricostruzione locale, parziale e contestuale della *Lebenswelt*, degli spazi di interazione comunicativamente strutturati.

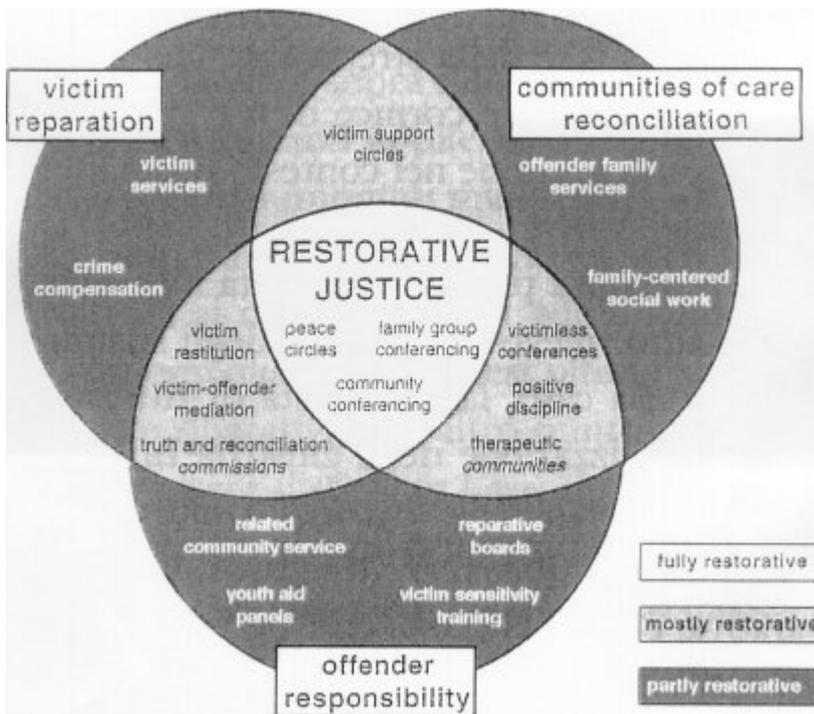
La Giustizia riparativa rappresenta, in sintesi, l'evoluzione *"verso modelli decentrati di regolazione dei conflitti che si sviluppano nel quadro di entità sociali più o meno ampie, permettendo una maggior implicazione degli attori nella risoluzione dei propri contrasti"* (33). Con questa consapevolezza credo sia possibile e necessario leggere le caratteristiche "strutturali" della Giustizia riparativa per coglierne criticamente le diverse implicazioni teoriche e pratiche, per comprenderne la portata eversiva rispetto al funzionamento del dispositivo penale-punitivo, più in generale, rispetto alla razionalità giuridica.

5. Tecniche e strumenti della giustizia riparativa

Gli strumenti di intervento della Giustizia riparativa, sono costituiti da una pluralità di programmi ed istituti che, se considerati secondo la prospettiva sopra esposta, appaiono spesso dotati di modeste componenti riparative. Le due chiavi di lettura che si propongono per l'organizzazione materiale della Giustizia riparativa sono offerte da un lato dai documenti preparatori del X Congresso delle Nazioni Unite in tema di "*Prevention of Crime and Treatment of Offender*" (34), dall'altro dalla classificazione delle politiche di conciliazione/riparazione in base alle intrinseche potenzialità riparative e ai relativi beneficiari.

E' essenziale una ricognizione sugli strumenti che compongono le politiche riparative, basata sul contributo del lavoro svolto dall'ISPAC (*International Scientific and Professional Advisory Council*) che considera appartenenti al paradigma riparativo i seguenti strumenti (35):

Apology (scuse formali): sistema basato sulla comunicazione verbale che il reo pone in essere in via diretta con la vittima, descrivendo il proprio comportamento e dichiarando la propria responsabilità; *Community/family Group Conferencing* (FGC): è una forma di mediazione allargata in cui tutti i soggetti coinvolti dalla commissione del reato (reo, vittima, familiari) ricercano una modalità di gestione del conflitto con l'aiuto di un mediatore. Tale paradigma presuppone l'ammissione di colpevolezza da parte dell'autore dell'illecito; *Community/neighbourhood/victim Impact Statements* (VIS): si tratta della descrizione che la vittima o la comunità fornisce relativamente i condizionamenti causati dal reato. Redatto in forma scritta od orale, rappresenta una modalità esaustiva per la valutazione degli effetti a breve e lungo termine che il reato comporta nei soggetti offesi. Tale modalità esecutiva viene, per lo più, utilizzata per i reati senza vittima (per esempio detenzione di sostanza stupefacente); *Community Restorative Board*: è costituito da un piccolo gruppo di cittadini, opportunamente formati, che svolgono colloqui con il reo sulla natura e le conseguenze del reato commesso per la promozione e la messa in atto di un'azione riparativa; *Community Sentencing/Peacemaking Circles*: è il principale istituto appartenente al paradigma riparativo su base comunitaria. La comunità gestisce il processo tentando di raggiungere un programma sanzionatorio a contenuto riparativo che tenga conto dei bisogni di tutte le parti interessate dal conflitto; *Community Service*: si tratta della prestazione, da parte del reo, di un'attività lavorativa a favore della comunità; *Compensation Programs*: programmi di compensazione dei danni arrecati dal reato predisposti dallo Stato; *Diversion*: comprende ogni tecnica volta ad evitare che l'autore di un reato entri nel circuito penale-processuale; *Financial Restitution to Victims*: processo attraverso il quale la Corte competente quantifica il danno derivante dalla commissione dell'illecito imponendo al reo il pagamento di una corrispondente somma di denaro; *Personal Service to Victims*: trattasi di attività lavorative che il reo svolge a favore delle persone danneggiate dal reato commesso; *Victim/Community Impact Panel*: è una sorta di forum in cui un gruppo ristretto di vittime esprime ad un piccolo gruppo di autori di reato gli effetti dannosi e negativi derivanti dal reato subito; *Victim Empathy Groups or Classes*: sono programmi educativi tendenti a far acquisire al reo la piena consapevolezza di tutte le conseguenze dannose derivate dall'azione criminosa commessa; *Victim/Offender Mediation*: è un processo informale in cui l'autore e la vittima, sotto la guida di un mediatore, discutono del fatto criminoso e degli effetti nocivi arrecati dalla sua commissione. Tali programmi conoscono numerose varianti applicative: alcuni sono indirizzati verso specifici destinatari (nel caso l'utenza sia costituita da minori la componente prevalente è quella rieducativa, se, invece, l'intervento si indirizza ad una fascia di soggetti adulti, prevale la componente riparativa) e possono essere distinti in base al tipo di reato. Relativamente l'applicazione, alcune modalità intervengono prima del processo (mediazione o FGC) mentre altre sono predisposte nella fase processuale o si accompagnano ad essa (*Compensation Programs* o VIS); altre appartengono alla fase *post-release* (*Victim Community Impact Panel* o *Diversion After Conviction*). Il fondamentale strumento della Giustizia riparativa è costituito dalla mediazione fra autore e vittima di reato, perché di più larga applicazione nei vari ordinamenti (36). I modelli operativi di Giustizia riparativa possono essere classificati in base ai contenuti delle singole modalità di intervento. Si può richiamare il modello elaborato da McCold (37) che esemplifica la classificazione degli strumenti della Giustizia riparativa includendone i destinatari specifici, e che ben si adatta alla prospettiva teorica finora adottata.



Nei tre cerchi principali sono indicati i soggetti che normalmente sono interessati dalla commissione di un reato: il reo, la vittima e la comunità.

Gli interventi operati attraverso la giustizia operativa sono, dunque, orientati, in modo più o meno intenso, verso uno o più dei destinatari sopra citati. McCold distingue tre tipi di approccio:

- completamente riparativo: l'autore vi include solo il *peace circle*, il *family group conferencing* ed il *community conferencing*. Tali istituti sono considerati completamente riparativi perché la riparazione coinvolge tutti coloro che sono stati interessati dalla commissione di un reato; è interessante notare come vi sia inclusa la comunità che si pone contemporaneamente come attore del percorso di pace e come beneficiario della riparazione;
- principalmente riparativo: racchiude un ventaglio di interventi più ampio, tra cui la mediazione autore-vittima in quanto esclude dall'area delle politiche riparative la partecipazione della comunità. Per motivi analoghi vi sono inclusi il *victim support circles* (che include la comunità ma esclude il reo) e le *Therapeutic communities* (che includono il reo e la comunità ma escludono la vittima);
- parzialmente riparativo: comprende quegli istituti che hanno componenti riparative marginali e che, di norma, coinvolgono una sola delle parti in conflitto, come la *crime compensation* che si rivolge alla vittima, prescindendo dal processo di autoresponsabilizzazione del reo e dal senso di sicurezza collettivo.

5.1 I programmi di riconciliazione autore-vittima e la mediazione

I *victim-offender reconciliation programs* (VORP) nascono a metà degli anni Settanta, conoscendo un rapido ed inarrestabile declino, a livello americano, dei programmi di riconciliazione e mediazione, il cui numero cresceva esponenzialmente. Nonostante il loro carattere mediatorio, i VORP si differenziano dalla vera e propria attività di mediazione; tale divergenza è visibile già a partire dal profilo "semantico" (38). Tuttavia il VORP si avvale della guida di un mediatore o terzo neutrale la cui presenza è finalizzata al superamento del conflitto che può scaturire dall'incontro tra vittima ed autore di reato. Il ruolo del mediatore si esaurisce nel sollecitare il reciproco riconoscimento delle parti senza investire il campo proprio della riparazione. La logica della mediazione implica, infatti, che il "*reparation agreement*" scaturisca dalla libera volontà delle parti.

La negoziabilità della soluzione del conflitto concorre a far sì che l'esito di un tale programma non sia scontato e prevedibile, come accade invece all'esito di un processo che, in linea di massima, si conclude con un vincitore ed un vinto. Tra gli epiloghi possibili, i principali sono: la soluzione del

conflitto (implica che il reo abbia posto in essere una condotta anche solo simbolicamente riparativa); la riparazione vera e propria; la riconciliazione delle parti.

Il successo dei VORP deriva dal fatto che la mediazione ha dato alle vittime la possibilità di esprimere emozioni e sentimenti connessi alla commissione dell'azione delittuosa, che non avrebbero trovato altrimenti alcun canale di trasmissione all'interno del processo penale. Questo perché il sistema giuridico nordamericano tende a confinare come reati bagatellari tutte quelle azioni che, penalmente perseguibili, si situano nel contesto della piccola criminalità, rinunciando a perseguirle in modo standardizzato. Una via di fuga dall'incombenza penale incentrata preferibilmente sulla riparazione dell'offesa o del danno, a prescindere da una reazione punitiva statale diretta all'autore. All'interno dei VORP una posizione di tutto rilievo è occupata dalla mediazione, segmento fondamentale e indefettibile del processo che conduce alla riparazione dell'offesa e alla riconciliazione tra vittima ed autore di reato.

5.2 La Neighbourhood Justice

La "giustizia del vicinato" o "giustizia della comunità" (39), si è sviluppata agli albori degli anni Settanta, trovando ampia applicazione soprattutto negli Stati Uniti ed in alcuni Paesi europei come la Norvegia. Si tratta di centri di intervento extra giudiziario sui conflitti, istituiti su base locale e con il supporto concreto dei servizi sociali e, a volte, della comunità.

Il punto focale di questo strumento risiede nell'aver tentato di allargare la mediazione, incentrata su uno specifico caso e quindi selettiva e settoriale, elevandola ad un piano superiore, ad un intervento che possa prevenire la commissione di illeciti all'interno di una comunità.

Intervenire sul problema, piuttosto che sulla situazione (40) consente alla mediazione di esplicitarsi non solo come tecnica gestionale di situazioni conflittuali, ma anche come contributo alla costruzione o ricostruzione di un apparato normativo in grado di sviluppare interazioni sociali significative. L'intervento mediativo si offre, quindi, come attività volta all'individuazione, all'interpretazione ed all'accompagnamento delle modificazioni che intervengono nel sistema relazionale, connotandosi quale "processo di confronto sociale finalizzato alla comprensione ed alla gestione delle ragioni e delle condizioni della compatibilità relazionale" (41).

La complessa realtà caratterizzante i *Neighbourhood Justice Centres*, impedisce la formulazione di un modello operativo unitario, diversamente dalla ricostruzione normalmente quadrifasica, costruita per la mediazione.

5.3 Il Family Group Conferencing (FGC)

L'incontro di mediazione previsto nel FGC coinvolge non solo l'autore e la vittima del reato, ma si estende ai rispettivi gruppi familiari o a quei soggetti che possono svolgere un ruolo significativo di supporto nei confronti delle parti.

Nel FGC, definito come una forma di dialogo allargato ai gruppi parentali o come "dialogo clinico" (42), convergono, a sostegno del mediatore, operatori dei servizi sociali o funzionari dell'amministrazione della giustizia. Tale struttura prevede, inoltre, la presenza di soggetti appartenenti all'Autorità che ha inviato il caso (normalmente il corpo di polizia) il cui ruolo è limitato alla descrizione del caso ed al parere circa l'accordo di riparazione formulato.

L'iter di conduzione del FGC è simile a quello della mediazione: resoconto da parte dell'Autorità; raccolta di materiale informativo da parte del mediatore; racconto dell'impatto emotivo che la condotta del reo ha cagionato sulla vittima; formulazione di scuse formali da parte dell'autore di reato; predisposizione di un programma di Riparazione.

Una cerimonia di "ri-accoglienza" nei confronti del reo conclude l'esito positivo del FGC; rappresenta, simbolicamente, l'abbandono di una reazione sociale incentrata sulla stigmatizzazione e sull'esclusione del reo in favore della sua diretta reintegrazione nella comunità. La caratteristica principale del FGC è costituita dal fatto che, nell'incontro di mediazione, la vittima può essere rappresentata da un altro soggetto (un componente della famiglia, un amico, ecc.) e può, altresì, decidere di non prendere parte al gruppo, che viene condotto con l'esclusiva partecipazione del reo, della sua famiglia e/o della comunità. In tal caso lo scopo che il FGC si propone è limitato a promuovere ed incoraggiare la

responsabilizzazione dell'autore di reato, escludendosi la componente riparativa che, se contemplata, è ridotta ad un atto unilaterale di volontà. L'obbligo morale e giuridico di riparare il danno, il cui contenuto deriva da una condotta illecita posta in essere dal soggetto, si rende possibile prescindendo dall'accordo manifestato dalla vittima (è il caso del lavoro prestato a favore di enti o associazioni).

5.4 I "consigli commisurativi" ed i "resoconti di vittimizzazione"

Negli ordinamenti giuridici di *Common Law* (43) vige un modello bi-fasico di commisurazione penale per il quale la determinazione della sanzione relativa la commissione di un illecito si esplica nel corso di un'udienza diversa e lontana nel tempo da quella in cui viene emesso il verdetto, al fine di acquisire informazioni che, se conosciute al momento della condanna, potrebbero condizionare l'organo giurisdicante che emette la risposta penale (44).

I "consigli commisurativi" (*Sentencing Circles* - SCs) ed i "resoconti di vittimizzazione" (*Victim Impact Statements* - VIS) sono stati istituiti per attribuire una maggiore visibilità della vittima nel processo penale e nella fase di commisurazione della pena. I due istituti consentono al giudice di conoscere il punto di vista della vittima e le conseguenze psico-fisiche che il reato ha comportato. I SCs, ampiamente utilizzati in Canada ed in Nuova Zelanda, si sostanziano in gruppi di discussione volti a definire, attraverso il consenso comunitario, la commisurazione della pena. L'accezione semantica del predetto istituto deriva dalla disposizione circolare delle parti, che presenziano all'incontro: una collocazione simbolica e rituale per creare un'atmosfera di rispetto e comprensione (45). Il VIS, in particolare, è un rapporto informativo dettagliato diretto al giudice incaricato alla commisurazione della pena, oppure al pubblico ministero per una più completa valutazione del caso.

6. Una paradigmatica di sintesi degli strumenti della giustizia riparativa

La Giustizia riparativa, abbiamo visto, può tradursi, operativamente, in una pluralità di programmi o di istituti, sebbene i principali strumenti siano da considerare la "mediazione tra autore e vittima" e il "*family group conferencing*". I programmi "riparativi" sopra elencati conoscono, nei singoli ordinamenti nei quali si ricorre alla Giustizia riparativa, numerose varianti applicative.

Di esse è possibile offrire un quadro riassuntivo organizzato su tre livelli (46): (a) soggettivo, concernente i destinatari della riparazione; (b) oggettivo, riguardante gli illeciti suscettibili di mediazione; e, infine, (c) operativo, relativo cioè al coordinamento tra sistema penale e istituti riparativi.

(a) Quanto ai destinatari delle politiche riparative va detto che alcuni programmi hanno come destinatari specifici imputati minorenni - spesso, in questi casi, la componente "rieducativi" ha il sopravvento sulla reale tutela delle vittime a base riparativa - mentre altri sono parimenti indirizzati sia ai minori che agli adulti autori di reato (è quanto avviene, ad esempio, in Germania). In quest'ultimo caso, la componente riparativa della misura adottata tende a prevalere su quella propriamente riconciliativa.

(b) Il tipo di reati mediabili. Alcuni programmi sono destinati alla gestione della sola criminalità di gravità medio-bassa, e funzionano, nella sostanza, come tecniche di *diversion*; altri programmi, viceversa, hanno un target allargato anche a reati di elevata gravità (come nell'esperienza pilota condotta a Lovanio, in Belgio).

(c) Le modalità di attivazione o di ingresso dei programmi riparativi nel sistema.

Da questo punto di vista è possibile procedere ad un'ulteriore suddivisione tra:

(aa) istituti che hanno un'applicazione prevalentemente pre-processuale (si pensi alla mediazione o al *Community/family Group Conferencing*);

(bb) istituti che intervengono utilmente nella fase processuale o si affiancano ad essa (*Compensation Programs; Community/neighborhood/victim Impact Statements*);

(cc) istituti che appartengono funzionalmente alla fase post-processuale o anche post-rilascio (si pensi, in questo caso, al *Victim/Community Impact Panel* o alla *diversion after conviction* cui si ricorre in Australia, o ancora al recentissimo esperimento condotto in sei istituti penitenziari in Belgio).

Al di là della complessità e della varietà strutturale dei singoli strumenti riparativi, va sottolineato come la mediazione autore/vittima costituisca l'istituto "cardine" della Giustizia riparativa: una sorta di "pietra angolare" delle politiche di Riparazione. Ciò avviene perché la mediazione è una componente essenziale ed indefettibile di molti dei programmi sopra ricordati, ma anche perché essa costituisce l'istituto che, nei vari sistemi giuridici, ha ricevuto l'applicazione più generalizzata.

Note

1. A. Lovejoy, *La grande catena dell'essere*, Feltrinelli, Milano, 1966.
2. M. Pavarini, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in Lorenzo Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998.
3. *Ibidem*.
4. J. Faget, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Erès, Toulouse, 1992; cfr. J. Faget, *La médiation pénale: une dialectique de l'ordre et de désordre*, in "Déviance et Société", vol. XVII, 3, pp. 221-223, 1993.
5. L. Carocci, A. Antolini, *Mediazione Sociale e Sicurezza urbana: la progettazione partecipata come fattore di protezione alla violenza e all'insicurezza urbana*.
6. Cfr. T. Pitch, *Un diritto per due*, il Saggiatore, Milano, 1998; S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1996; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
7. J. Carbonnier, *Flessibile diritto*, Giuffrè, Milano, 1997.
8. S. Ciappi, A. Coluccia, *Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli, Milano, 1997.
9. L. Susskind, C. Ozawa, *Mediated negotiation in the public sector*, in "American Behavioural Scientist", 27, pp. 149-166, 1983.
10. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.
11. G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit.
12. M. Wright, *Justice for Victims and Offender*, Waterside Press, Winchester, 1996.
13. W. Cragg, *The Practice of Punishment*, Routledge, London-New York, 1992.
14. R. Garofalo, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887.
15. R. Barnett, *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice*, in R. Barnett, J. Hagel III, *Assessing the Criminal. Restitution, Retribution and the Legal Process*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1977.
16. A. Eglash, *Creative Restitution: Some Suggestion for Prison Rehabilitation Programs*, in "AJC", 3, pp. 20-34, 1958.
17. Richardson-Preston, *Full Circle*, The Newsletter of the Restorative Justice Institute, 1997.
18. M. Wright, contributo presentato nell'ambito del Convegno sul tema "Quali prospettive per la mediazione? Riflessioni teoriche ed esperienze operative", Roma, 20-21 aprile 2001.
19. *Ibidem*.
20. D. Van Ness, *Four Challenges of Restorative Justice*, CLF, 4, p. 12 ss., 1993.
21. A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA. VV. *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Giuffrè, Milano, 2000.
22. G. V. Pisapia, *La sfida della mediazione*, cit.
23. G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit.
24. C. E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in "Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale",

1, p. 25 ss., 1992.

25. J. Robert, *Public Opinion, Crime and Criminal Justice*, Westview Press, Boulder, 2000.

26. A. Ardigò, *Crisi di governabilità e mondi vitali*, Cappelli, Bologna, 1980.

27. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, cit.

28. Cfr. L. Hulsman, J. Bernat de Celis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982.

29. G. V. Pisapia, *La scommessa della mediazione*, in G. Pisapia, D. Antonucci (a cura di), *La sfida della mediazione*, Cedam, Padova, 1997.

30. *Ibidem*.

31. M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè, Milano, 1974.

32. E. Arielli, G. Scotto, *Conflitti e mediazione*, B. Mondadori, Milano 2003; cfr. E. Arielli, G. Scotto, *I conflitti: introduzione ad una teoria generale*, B. Mondadori, Milano, 1998.

33. S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Cortina Editore, Milano, 1999.

34. *Tenth United Nation Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offender*, Vienna, 10-17 aprile 2000.

35. G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit.

36. Il numero di programmi (istituzionali o sperimentali) implementati negli Stati Uniti ed in Europa dimostra che la mediazione è lo strumento della giustizia riparativa caratterizzato dal migliore livello di fattibilità.

37. P. McCold, *Types and Degrees of Restorative Practice*, in "RJF", 1999.

38. Mentre la riconciliazione si focalizza sull'esito dell'incontro tra autore e vittima, la mediazione indica il processo predisponente la riparazione o la riconciliazione.

39. M. Wright, *Justice for Victims and Offender*, cit.

40. G. V. Pisapia, *La scommessa della mediazione*, in G. V. Pisapia, D. Antonucci, *La sfida della mediazione*, CEDAM, Padova, 1997.

41. *Ibidem*.

42. G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit.

43. L'area di *Common Law* si caratterizza per un ampio riconoscimento del valore delle politiche riparative.

44. L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984.

45. G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit.

46. G. Mannozi, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", p. 14 ss., dicembre 2001.

Capitolo 4

Prassi applicative

Premessa

Nel regno degli esseri viventi non esistono cose, ma solo relazioni (1).G. Bateson

Superamento del nesso delitto-castigo; crimine come "segmento" di una complessa relazione conflittuale; produzione-ri-produzione di *microkosmoi* sociali differenziati, locali, aderenti alle specifiche esigenze delle parti contendenti; flessibilità e informalità nella regolazione del conflitto; (ri)attivazione dei canali comunicativi tra confliggenti; composizione "satisfattiva" della frattura relazionale verificantesi *post delictum*, tra le parti; coscienza della complessità e della peculiarità dello scontro tra aspettative sociali simbolicamente condivise. Sono queste, in estrema sintesi, alcune delle principali premesse teoriche del paradigma riparativo d'approccio e gestione della conflittualità sociale "da crimine".

In questo quarto capitolo, mi propongo di analizzare un'applicazione concreta del paradigma riparatorio, la *mediazione penale* per adulti nell'ordinamento italiano, descrivendone gli aspetti normativi, poi cercando di verificare empiricamente la "funzionalità" dell'istituto, come dispositivo di reazione/rivitalizzazione della *Lebenswelt* alla colonizzazione giuridica/giudiziaria.

1. Tecnologia della mediazione

Dal punto di vista teorico, il termine "mediazione" è di per sé polisemico, rinviando contestualmente, a mere tecniche di intervento sociale basate su incontro e confronto delle parti, come ad un nuovo approccio alle dinamiche sociali che permette di prescindere dalla risposta giudiziaria in relazione a taluni conflitti interpersonali, sia, ed è quello qui più interessante, ad una modalità di gestione/risoluzione di conflitti "da reato" nella più ampia prospettiva della Giustizia riparativa. La pratica della mediazione, come da ultimo intesa, si caratterizza per la forte informalità e flessibilità operativa. Chiaramente non si tratta di assoluta informalità: il passaggio dalle relazioni duali ad un modello triadico, appunto quello della mediazione, provoca comunque la loro normativizzazione (2) e conseguente formalizzazione. È chiaro che, davanti ad un terzo, ambedue le parti devono per così dire razionalizzare le proprie pretese, dare loro un ordine di tipo "normativo", tale normativizzazione ovviamente, sarà massima davanti ad un giudice.

In questo contesto, come già detto, interessa la definizione di mediazione come pratica informale di regolazione dei conflitti, che trova applicazione nell'ambito familiare, commerciale, lavorativo, sindacale, interculturale, ambientale e penale, qui ricompresa normalmente tra gli *ADR*. Lo schema operativo minimo, è quello per cui un terzo neutrale assiste le parti nel ricercare una soluzione consensuale duratura e sostenibile, al loro conflitto, normalmente senza svolgere un ruolo direttivo. Su questo schema poi, s'innestano moduli operativi specifici, dotati di una certa autonomia, sia nelle prospettive che negli obiettivi, che variano a seconda dell'ambito di intervento e del modello culturale di riferimento.

Per quanto attiene alle principali caratteristiche "strutturali" della pratica mediatrice, posso ricordare: Coinvolgimento diretto delle parti nella negoziazione; Consensualità; Visione esterna ed oggettiva del conflitto da parte del mediatore; Rapidità ed economicità della procedura; Soluzioni aderenti agli interessi dei soggetti confliggenti; Attenzione alla ricostruzione delle relazioni intersoggettive deteriorate; Soddisfazione della "vittima"; Responsabilizzazione del "reo";

Esistono svariati esempi internazionali, di applicazione concreta dei programmi di mediazione, o più in generale di *restorative justice*. La città di San Francisco ad esempio, fa parte da tempo di quei "laboratori" in cui si sono ottenuti dei risultati considerevoli. Il *Community restorative Board* ha qui coinvolto numerosi quartieri cittadini, centinaia di volontari e numerosi lavoratori professionisti remunerati.

A livello "operativo" si conta un numero molto alto di persone inserite nei programmi alternativi di risoluzione dei conflitti, reclutati nei rispettivi quartieri e formati con *training* mirati e specialistici. Gli ideatori di tale programma sottolineano il lato preventivo perché, laddove sarebbe impensabile l'intervento giuridico-penale tutto volto alla cura dei sintomi, si interviene lavorando alla "dispersione" e al superamento dei fattori critici di costruzione del conflitto e dunque sulle cause.

Operando all'interno di relazioni interpersonali, negli spazi angusti di vincoli parentali, di vicinato, di convivenza, si mina alle basi la genesi progressiva di espressioni conflittuali che, dalla configurazione di reati di tipo bagatellare, ad esempio, senza argini e delimitazioni, potrebbero degenerare in esplosioni violente o comunque di instabilità ed intolleranza ben più gravi della microconflittualità da vicinato o intrafamiliare. Quello della prevenzione è forse il principale carattere di distinzione, insieme al rilevante spessore etico e psicologico, della mediazione rispetto all'attività di risarcimento e restituzione, con le quali è però spesso confusa. Con il primo termine si intende la monetizzazione, secondo certi parametri (lucro cessante, danno emergente, sofferenza patita), del danno ingiusto (patrimoniale e non) subito dalla vittima, la cui pretesa può essere avanzata nel procedimento penale attraverso la costituzione della parte civile, o con separato giudizio in sede civile. La restituzione consiste invece nella mera consegna dell'oggetto materiale della condotta criminosa, al legittimo titolare. E' evidente che risarcimento e restituzione non coincidano con la pratica mediatrice, seppur da quest'ultima potenzialmente "utilizzabili", la mediazione comporta in generale ben altro lavoro interiore, volto all'elaborazione costruttiva del conflitto, distinguendosi altresì per un *background* culturale che nulla ha a che fare con risarcimento e restituzione.

Riprendendo la panoramica internazionale, si può riferire di come in paesi come il Canada, si stia iniziando una notevole opera di valutazione e di studio di applicabilità in diversi contesti di forme "native" di mediazione e risoluzione pacifica dei conflitti di comunità. Istituzioni quali il *sentencing circle*, alta espressione della cultura giuridica tradizionale delle popolazioni autoctone, vedono oggi tentativi di estensione ad ambiti culturali più ampi, con un raggio d'azione maggiormente operativo a livello nazionale. Negli Stati Uniti esiste addirittura un'associazione nazionale di sostegno e coordinamento di tutti i progetti di mediazione, la *National Association for Community Mediation*, che ha tra i propri compiti anche quello di sostenere l'autonomia della mediazione finalizzata al cambiamento sociale e ad una maggiore qualità della vita.

Per quanto riguarda l'Europa rileva l'esempio francese. In Francia, infatti, si è sviluppata una tipologia "locale" di mediazione comunitaria, le cosiddette *Boutiques de droit* (3), che, nate in alcuni quartieri periferici di Lione, applicano operativamente i principi della mediazione sociale e penale. Alla base dell'attività delle *Boutiques de droit* vi è l'idea che la situazione locale, il quartiere di appartenenza, sia necessariamente il luogo più individuabile in cui i conflitti del quotidiano possono giungere a provocare disordini e squilibri che, con estrema facilità, subiscono una "legittimazione" ed una "istituzionalizzazione" (4) pericolose. Vi è in questi contesti una sensibilità massima per le minacce che provengono dalle condizioni di degrado e sulla base di questa percezione, si lavora essenzialmente nella ricostruzione dei luoghi di socializzazione negli spazi "degradati" dove è più facile che la giustizia formale statuale possa registrare la *débacle*.

Si moltiplicano i conflitti, le incomunicabilità, le convivenze problematiche, sia a livello nazionale che locale, e lo strumento della mediazione appare sempre più, l'unico adatto a risolvere tali questioni. Le forti tensioni e la situazione di crisi sociale permanente, hanno fatto in modo che ci si rendesse conto che gli equilibri, spesso precari, oggi si sono oramai profondamente modificati, lasciando le modalità statuali impotenti davanti alla gestione di situazioni conflittuali e di disagio.

La mediazione, operando un'azione senza dubbio di iniziale "rottura" con i vecchi codici dell'incomprensione e del rifiuto, costruisce un canale per così dire privilegiato, di nuova comunicazione e di conseguente comprensione tra individui e tra gruppi sociali. Senza pensare mai all'eliminazione delle differenze, né ad imminenti giudizi di tipo valoriale, la mediazione tenta comunque, inizialmente, di gettare un ponte di conciliazione e negoziazione che permetta l'avvicinamento e in seguito lo scambio dialogico e conoscitivo. L'obiettivo non è quello di ri-costruire un unico, monolitico sistema di valori, direzione nella quale opera simbolicamente il sistema giudiziario, piuttosto quello di definire uno spazio di intesa in cui, attraverso una "lingua franca", si possa valorizzare l'unicità delle esigenze delle parti, agevolando il passaggio di messaggi tra le stesse.

Con la proliferazione di forme applicative sempre più mirate di mediazione, come quelle che tra poco

saranno analizzate, si dovrebbe assistere ad una progressiva maturazione in materia di risoluzione dei conflitti: guardando al consenso come all'obiettivo finale di tali iniziative, si giunge al superamento di una logica giudiziaria binaria ed oppositiva in cui ad un vincitore si oppone sempre, senza alcuna crescita sociale, un perdente, nel gioco "a somma zero". Attraverso la mediazione, i soggetti confliggenti riprendono il dialogo, tentano la comprensione reciproca e giungono ad un risultato nuovo, che va oltre le posizioni precedenti, in cui, per l'appunto, la somma finale è di guadagno per ambedue, perché ambedue hanno contribuito a produrre una soluzione diversa, non tanto di guarigione (*il conflitto non è patologia* (5)), ma di recupero della forza vitale del conflitto, di ricostruzione della relazione sociale e dunque, di pacificazione.

2. La mediazione penale: un profilo normativo

Sono diversi gli atti normativi elaborati negli ultimi anni da organismi internazionali (6), in relazione al "fenomeno" della mediazione penale, documenti che però, solo in rarissimi casi si caratterizzano per essere giuridicamente vincolanti per la legislazione interna. Gli atti privi di cogenza offrono tuttavia, soprattutto per Paesi come il nostro, uno spunto rilevante in tema di formulazione normativa e applicazione pratica di programmi di Giustizia riparativa. Del composito panorama internazionale, passerò in rassegna quei testi che, per diretta pertinenza al fenomeno della mediazione penale, contribuiscono a definire il *frame* normativo entro il quale trova collocazione coerente il D.lgs 274/2000, che può dirsi "attuativo", seppur parzialmente e in maniera differita nel tempo, dei programmi di mediazione penale prospettati da Unione Europea, Consiglio d'Europa e Nazioni Unite.

Una volta descritto il "quadro normativo" internazionale, passerò all'esame proprio del D.lgs 274/2000, il provvedimento che recepisce e formalizza, all'interno del nostro ordinamento, le molteplici istanze di creazione di un diverso modello di gestione del crimine, realizzando un vero *microsistema integrato di tutela* (7), innovativo e aggiuntivo rispetto al sistema tradizionale di amministrazione della giustizia in ambito penale.

2.1 La Raccomandazione N° (99)19: una prima "positivizzazione" della mediazione penale

Il primo atto normativo da esaminare è la Raccomandazione N° (99)19, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 15 Settembre 1999, durante la 679esima riunione dei delegati dei ministri.

Si tratta di un complesso di disposizioni pensate per chiarire "normativamente" il significato della pratica di mediazione penale, raccomandandone la diffusione nei paesi membri. In particolare, si procede alla precisazione dei fondamenti giuridici della mediazione, il suo rapporto con la giurisdizione penale, le caratteristiche della figura di mediatore, in generale si descrive il funzionamento e le modalità di costituzione del servizio mediatorio.

Già il preambolo della Raccomandazione appare alquanto significativo, esplicitando la logica politico-criminale che soggiace alla mediazione penale, logica che si sviluppa su tre direttive: ruolo e partecipazione attiva di reo, vittima e comunità alla risoluzione del conflitto "da" fatto delittuoso; attenzione per la posizione della vittima; responsabilizzazione del reo.

In particolare viene preso in considerazione come presupposto dell'emanazione della Raccomandazione, il ricorso sempre più ampio dei paesi membri alle pratiche di mediazione come complemento o alternativa alla gestione del crimine da parte del sistema giurisdizionale tradizionale; la necessità di attivare canali di comunicazione adeguati tra reo, vittima e comunità, finalizzati alla riparazione del danno e alla responsabilizzazione del reo; la possibilità di rendere la giustizia penale meno repressiva e più efficace in termini preventivi, magari introducendo proprio strumenti mediatori; il ruolo importante che organizzazioni non-governative possono svolgere nell'ambito della mediazione del conflitto, se dotate di strumenti idonei e di personale appositamente formato.

Una volta fornita la definizione della mediazione come quel processo che permette a vittima e delinquente di partecipare attivamente e consensualmente, alla soluzione delle difficoltà, materiali, simboliche, emotive, conseguenti al verificarsi del crimine, con l'aiuto del terzo imparziale, il il testo

affronta direttamente alcune delle questioni più problematiche, come l'accessibilità generale del servizio di mediazione e la sua collocazione nel sistema di giustizia penale (*Annexe II*, artt. 1-5). Viene prevista anzitutto, la consensualità della pratica (art. 1), il fatto che le parti liberamente decidano di accedere alla mediazione, in assenza di qualsivoglia pressione da parte delle istituzioni o di terzi, e al contempo possano recedere dalla medesima in qualsiasi momento. Connesso strettamente al libero accesso è la normale gratuità (art. 3) del servizio, onde garantire da degenerazioni "economiciste" delle *performances* mediatricie, dallo scadimento in logiche di mercato, previsione che lascia intravedere una delle esigenze storiche a base della diffusione in generale degli ADR, vale a dire il tentativo di offrire una risposta al netto aumento dei costi di accesso alla giustizia, determinato dalla *litigation explosion* degli anni 60'-70'.

Sempre nei Principi generali dell'*Annexe II*, sono contemplate tre disposizioni basilari circa il rapporto mediazione penale -processo penale, poi approfondito nell'*Annexe IV*. Ricordo la prescrizione circa la confidenzialità (art. 2) delle informazioni emerse durante gli incontri di mediazione, ossia l'inutilizzabilità di tali dati, se non con l'accordo delle parti, in altri ambiti di giustizia; la fruibilità della mediazione in ogni stato e grado del processo (art. 4), nonché la fondamentale autonomia della mediazione all'interno del quadro del sistema di giustizia penale (art. 5), affermazione che intende sottoscrivere l'alterità della mediazione penale dagli strumenti negoziali della giustizia penale tradizionale, non una tecnica di regolazione privatistica della controversia in ottica pragmatica (transizione p.es.), ma un autonomo strumento di gestione del conflitto in prospettiva riparativa.

Interessanti anche le disposizioni all'*Annexe III* (artt. 6, 7, 8), denominato "Fondamenti giuridici". Ivi è disposta la necessità da parte della legislazione penale di favorire la mediazione, definendo le linee direttive della stessa, prescrivendo altresì il rispetto di alcune garanzie fondamentali (diritto alla consulenza giuridica, all'interprete, all'assistenza parentale in caso di soggetti minori implicati).

La parte centrale del provvedimento in parola consta dell'*Annexe IV* (artt. 6-32), nel quale si regola il rapporto tra giustizia penale e mediazione, e *Annexe V* (artt. 19-32) disciplinante il concreto funzionamento del servizio di mediazione. Provo allora ad analizzare partitamene queste disposizioni.

Per quanto riguarda l'*Annexe IV* è possibile isolare due gruppi di norme riferibili rispettivamente ai presupposti generali e minimi di accesso alla mediazione penale e al legame mediazione-giudizio penale.

Al primo gruppo si può ascrivere la previsione, di fondamentale importanza, dell'impossibilità di esercitare, da parte di chicchessia, pressioni su vittima e reo (anche minori) ad accettare la mediazione, concepita come strumento al servizio delle parti improntato alla consensualità. Rileva la disposizione circa la necessaria interruzione della mediazione allorché anche una sola delle parti non sia "capace" di comprendere il senso della mediazione, viene poi fissato il primo, concreto requisito di accesso alla mediazione penale: il riconoscimento dei fatti principali della vicenda e la conseguente inammissibilità della partecipazione ai fini di prova nel processo giudiziale. La convergenza delle parti nella ricostruzione minima dell'accaduto, come riconoscere la semplice esistenza del danno alla vittima, conseguente al comportamento della controparte, assurge a prima minima condizione dell'attività di mediazione, vero irrinunciabile punto di partenza. Sempre nell'ambito dei presupposti di accesso alla mediazione, l'attenta valutazione delle disparità inerenti a status sociale, età, sesso ecc., delle parti, in modo tale che i mediatori stabiliscano la giusta strategia di composizione definendola su misura degli interessati, la mediazione, infatti, come tentativo di riattivazione dei canali comunicativo-relazionali tra vittima e reo, necessita giocoforza della conoscenza approfondita delle caratteristiche personologiche delle parti

Il secondo gruppo di disposizioni dell'*Annexe IV*, attiene specificamente al rapporto mediazione-giustizia penale. E' stabilito primariamente (art. 9) che la decisione di rinviare al servizio di mediazione debba spettare alle autorità giudiziarie, tra l'altro tenute ad informare le parti della natura de processo di mediazione e delle conseguenze della loro decisione (art. 10), si contempla al contempo l'obbligo di informare le autorità giudiziarie della progressione del processo mediatorio e del suo esito, la garanzia di equiparazione (art. 17) tra valenza degli accordi di mediazione e sentenza, assimilati per efficacia, e di conseguenza il divieto di *ne bis in idem*, ovvero che dopo mediazione non si possa essere sottoposti a giudizio. Infine, è enunciato l'onere di prendere decisione senza ritardo da parte degli organi giudiziari, allorché non si giunga ad un accordo in mediazione in tempi ragionevoli o l'accordo preso non si metta in pratica (art. 18). Per quanto concerne il funzionamento del servizio di mediazione

(Annexe V), questo dovrà essere regolato da norme riconosciute dall'ordinamento penale, che individuino chiaramente le caratteristiche della figura del mediatore, le modalità di selezione e formazione degli stessi, è prevista inoltre l'esistenza di organi di sorveglianza circa il generale funzionamento del servizio.

Mi soffermo ora sulle disposizioni inerenti alle qualità del mediatore (artt. 22-24). Il reclutamento dei mediatori sarà aperto a qualsiasi area e categoria sociale, tra soggetti che abbiano una buona conoscenza di culture e comunità locali, dovrà avere capacità relazionali adeguate all'esercizio della sua funzione, dovrà rispettare il canone dell'imparzialità. Per il mediatore è prevista una necessaria attività di *training* preliminare, che permetta l'acquisizione di competenze qualificate in relazione alla regolazione dei conflitti, al rapporto da instaurare con vittima e reo, nonché circa i fondamenti dell'ordinamento giudiziario. Oltre alla figura del mediatore il provvedimento descrive anche l'ambiente ideale della attività di mediazione (artt. 25-30). Si tratterà di uno spazio sicuro, confortevole e neutrale, possibilmente pubblico, nel quale la mediazione si svolga ad un ritmo sostenibile per le parti e gestibile efficacemente dal mediatore, tale da permettere a quest'ultimo, di percepire i cambiamenti e le trasformazioni che avvengono nelle parti durante i colloqui e di conseguenza modificare la strategia mediatoria.

La Raccomandazione (99)19 si chiude con la previsione delle regolari consultazioni di coordinamento tra servizi mediatori e sistema giudiziari, la ragionevolezza delle obbligazioni riparatorie, oltre alla necessità di promuovere da parte degli stati membri attività di ricerca sulla mediazione penale.

Tirando le fila del discorso fin qui fatto, possibile dire che lo spirito che anima la Raccomandazione (99)19, consiste nella concreta volontà di definire un modello uniforme e coerente per i programmi di Giustizia riparativa operata attraverso la tecnica della mediazione penale. Evidente traspare la cura per la regolamentazione di alcuni aspetti tipicamente controversi della mediazione. Si pensi alla possibile propensione dell'informalità della pratica a degenerare in un soggettivismo nella gestione della materia penale (rischio limitato dalle previsioni circa gli uniformi presupposti politico-criminali esplicitati dalla Raccomandazione), oppure alla eventualità di conflitti o comunque torsioni di forze tra mediazione e giustizia penale ordinaria (esorcizzati dalle disposizioni in materia di consultazioni regolari tra organi giudiziari e mediatori o più in generale dalla prevista creazione di organi di sorveglianza sui servizi mediatori). Sottolineo infine, come il Consiglio abbia prestato attenzione particolare al tema della formazione del mediatore, richiedendo una preparazione specificamente preordinata alla gestione del conflitto, alla conoscenza del sistema giudiziario, da coniugare con necessarie attitudini e capacità relazionali, lanciando chiaro il messaggio che la mediazione penale non sia un'attività da improvvisare, estemporanea, ma una pratica seria, che aspira alla credibilità e ad una posizione non ancillare rispetto al processo penale, nell'ambito della gestione del crimine e delle sue conseguenze.

2.2 La "Declaration of basic Principles on the use of Restorative Justice programmes in criminal matters"

I *Basic Principles* sono un atto normativo privo di cogenza, elaborato dalle Nazioni Unite nel corso del X Congresso sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti (risoluzione 2000/15 Vienna, 2000). Si tratta di un documento dal carattere più generale rispetto alla Raccomandazione precedentemente analizzata. Viene, infatti, considerata, ogni tecnica operativa di Giustizia riparativa, della quale si fornisce uno schema preliminare dei principi base, riprendendo in sintesi l'accezione anglosassone delle tecniche di *restorative justice*, comprensiva di svariati modelli operativi, anche piuttosto distanti nei presupposti, modalità e obiettivi, dalla mediazione penale di matrice "eurocontinentale".

In questa sede, volgerò l'attenzione solo alle disposizioni presenti nei *Basic Principles* direttamente inerenti alla mediazione penale, mentre trascurerò, quelle riferibili ad ulteriori tecniche operative di *restorative justice*.

L'*incipit* dei *Basic Principles* è dedicato alla definizione del procedimento riparativo, qualificando come tale "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", si tratta evidentemente di una caratterizzazione particolarmente ampia nella quale rientra anche la mediazione reo-vittima.

Per quanto riguarda la specifica disciplina dei tratti salienti della mediazione, i *Basic Principles* come la raccomandazione, fanno primariamente riferimento al fatto che i programmi di Giustizia riparativa debbano essere generalmente fruibili e utilizzabili in ogni stato e grado del processo. Viene preso poi in considerazione il reclutamento del mediatore, che si vuole tra cittadini anche non predeterminati intellettualmente e professionalmente, essendo sufficiente l'alta competenza acquisibile attraverso l'esperienza di training permanente, formazione riguardante le tecniche specifiche di mediazione nonché ai fondamenti del sistema giudiziario. È altresì previsto che le procedure di selezione e valutazione assicurino la conformità ad elevati *standards* qualitativi, preferibilmente uniformi tra i diversi paesi.

In considerazione del fatto che la mediazione sia percepita come uno spazio e un tempo nel quale vengono "anatomizzati" i nodi conflittuali tra le parti, i *Basic Principles* si soffermano sulla regolamentazione dell'ambiente della mediazione. Tale spazio sarà sicuro e appropriato, diverso rispetto ai luoghi dove si dispiega la logica del processo penale, non aule di tribunale ma spazi appositi, in modo da sottolineare l'alterità della mediazione dai tradizionali luoghi di gestione del crimine e dalla logica che li supporta. Analogo discorso vale per la descrizione dei tempi della mediazione. Se, infatti, i tempi processuali possono dirsi insensibili rispetto allo stato emotivo delle vittime o più in generale alle personalissime esigenze delle parti, il tempo della mediazione sarà invece scandito in fasi che corrispondono ai diversi progressi della gestione del conflitto che oppone reo e vittima, alle urgenze interiori dei protagonisti del conflitto. Questa peculiare amministrazione del tempo della mediazione, trova un unico limite esterno nel rispetto necessario del principio di ragionevole durata del processo riconciliativo, la scelta su come procedere all'esito della mediazione dovrà essere presa, infatti, senza ritardo alcuno.

Rilevanti anche le disposizioni inerenti al coordinamento tra le esperienze di mediazione e le istituzioni della giustizia penale tradizionale. I *Basic Principles* prevedono la necessità di un continuo lavoro di consultazione e raccordo fra operatori della giustizia penale, riparativa e tradizionale, al fine di sviluppare nuove sinergie tra i due sistemi, che in questo modo non dovrebbero mai entrare in conflitto. È altresì proposta la diffusione di procedure scientifiche, rigorose e continuative di monitoraggio e valutazione delle attività dei mediatori, che dovranno dimostrare concretamente il perseguimento efficace degli obiettivi proposti, dalla risoluzione del conflitto ai compiti di prevenzione speciale e generale. Anche nel provvedimento normativo in analisi, viene confermato il complesso di principi partecipativi alla mediazione: la volontarietà nell'accesso, la confidenzialità delle informazioni emerse negli incontri, la libertà di recedere.

Come nella Raccomandazione (99)19, viene individuata nell'imparzialità (o *equiprossimità*, come qualcuno ha scritto) la precondizione dello svolgimento dell'attività del mediatore, che dovrà costantemente prestare attenzione agli squilibri di potere tra le parti, sia di tipo economico-sociale che culturale, tentando di stabilire, appunto in maniera imparziale, l'equilibrio necessario per comporre il conflitto.

Un altro fondamentale aspetto della pratica mediatrice preso in considerazione dai *Basic Principles*, è quello degli esiti della mediazione stessa. L'incontro tra vittima e reo mira al riconoscimento delle responsabilità individuali, a fare chiarezza sui moventi del fatto delittuoso, riattivando la comunicazione tra le parti. Tutto ciò è completato dall'attività riparatoria vera e propria, che può concretizzarsi in un risarcimento materiale, ma anche simbolico, come l'attività del reo utile per la vittima o la comunità, ovviamente il tutto improntato alla volontarietà.

In particolare si prescrive la ragionevolezza e proporzionalità delle obbligazioni riparative, dove col primo parametro si vuole indicare la relazione di omogeneità tra reato commesso e obbligazione, mentre la proporzionalità comporta la necessità di corrispondere alla gravità del reato, nel caso in cui invece, non si giunga alla definizione delle obbligazioni riparative e dunque l'esito della mediazione sia negativo, è negata la possibilità di conseguenze sanzionatorie.

Circa il rapporto giustizia penale-programmi di mediazione, è poi sancita l'autonomia di quest'ultima nel sistema penale. Tale autonomia si esprime ad esempio, nell'attribuzione di rilevanza giuridica ai risultati di mediazione-riparazione, che pertanto, avendo lo stesso statuto delle decisioni giudiziarie, dovrebbero precludere al procedimento successivo per i medesimi reati, in sede di processo penale. L'ultimo dato che intendo riportare a termine di questa breve disamina, è la considerazione che in generale i *Basic Principles* possono dirsi attuativi di alcune previsioni della Dichiarazione di Vienna del 2000 su

criminalità e giustizia, in specie l'art. 28 della Dichiarazione, che invita alla diffusione di politiche di Giustizia riparativa, di programmi e procedure rispettosi dei diritti, dei bisogni e degli interessi delle vittime e dei delinquenti, delle comunità e di tutte le altre parti, nonché, più indirettamente, l'art 27 che promuove lo sviluppo di servizi di sostegno alle vittime e campagne di sensibilizzazione sui diritti delle stesse.

2.3 Gli atti internazionali implicitamente attinenti alla mediazione penale: una sintesi introduttiva

Oltre a quelli già analizzati, rilevano ulteriori atti normativi, prodotti ancora da organismi sopranazionali, in riferimento questa volta indiretto o implicito alla mediazione penale, nel senso che pur considerando elementi rilevanti per il fenomeno mediatorio, questo non risulta il "protagonista" del provvedimento stesso.

La mia attenzione si volge in particolare, alle Raccomandazioni N° R(87)21 e R N° (85)11 adottate dal Consiglio d'Europa e ai *Principi base della Giustizia per le vittime di crimini e di abusi di potere* adottata con la risoluzione n. 40/34 del 1985, dalle Nazioni Unite (*Economic and Social Council*). Il motivo di interesse di tali atti, risiede nel fatto che rappresentano un genuino e concreto tentativo di sensibilizzare i sistemi penali degli Stati membri, alla predisposizione di un'innovativa strategia di "gestione" della vittima del crimine, prima, durante e dopo il processo penale, attribuendole diritti precisi nonché sviluppando nuovi metodi di soddisfazione degli interessi della stessa, prospettiva che richiama apertamente lo spirito della mediazione penale.

2.3.1 Lo spazio della vittima nella legislazione europea

La Raccomandazione N° R (85)11, adottata dal Consiglio d'Europa il 1985, concerne specificamente la posizione delle vittime nell'ambito del diritto penale e della procedura penale, mirando a promuovere negli stati membri politiche legislative volte alla tutela delle vittime, i cui problemi sono spesso amplificati, piuttosto che diminuiti, dagli attuali sistemi penali. Proprio tra i possibili strumenti di assistenza delle vittime, viene accreditato dalla Raccomandazione il complesso di pratiche riconciliativo-mediatorie. I presupposti dell'emanazione dell'atto riferiscono prima di tutto alla necessità che il sistema penale diminuisca i problemi delle vittime, rispondendo anzi ai bisogni ed interessi delle stesse, è poi preso in considerazione l'obiettivo di avvicinare le vittime alla giustizia penale nell'ottica di una proficua collaborazione finalizzata alla riduzione della cifra oscura di reati, ed in fine si richiede che gli stati membri favoriscano programmi di riconciliazione reo-vittima, leggendosi chiara l'allusione alla definizione di politiche di mediazione penale.

Le linee direttive della raccomandazione sono chiaramente esposte. E' preliminarmente caldeggiato un atteggiamento di maggiore comprensione, costruttivo e rassicurante (da parte degli organi di polizia *in primis*), rispetto la situazione della vittima, richiedendo ad esempio, che la polizia informi la vittima della possibilità di assistenza giuridica nonché di eventuale riparazione del danno da parte del reo, in generale viene prevista la continuativa operazione di informazione delle vittime circa il proseguimento delle indagini. Stessa cura va presa nel caso di interrogatorio della vittima, dovendosi tenere conto della situazione emotiva della stessa.

Nella seconda parte dell'atto si considera più attentamente l'utilizzo di tecniche riparatorie, nella prospettiva di una migliore soddisfazione delle esigenze delle vittime. Si afferma che la riparazione, opzione della quale dovrà essere prontamente tenuta al corrente la vittima, potrà essere del tutto sostituiva di una sanzione penale e quindi equiparata ad essa circa l'efficacia, pertanto si sollecitano gli stati membri a vagliare attentamente l'eventualità dell'introduzione di strumenti mediatori nell'ambito dei sistemi penale, per rendere questi ultimi, maggiormente aderenti alle esigenze della vittima.

L'atto si chiude con la previsione della necessità di protezione della vittima sia da possibili invasioni di *privacy* sia da danni attinenti alla sfera della incolumità fisica.

Per quanto riguarda la Raccomandazione N° R (87)21, adottata dal Consiglio d'Europa il 1987, essa è invece dedicata alla assistenza alle vittime, tendendosi ad incoraggiare gli stati membri a prendere misure volte a garantire le vittime da vittimizzazione secondaria, in considerazione del fatto che il sistema penale non sia idoneo alla globale riparazione di pregiudizi e danni conseguenti al verificarsi

del fatto delittuoso.

In apertura, ricalcando lo schema tipico delle raccomandazioni, vengono individuate le premesse della promulgazione dell'atto. Il primo riferimento è il numero particolarmente alto di soggetti che in Europa sono quotidianamente vittime di reati contro la persona o il patrimonio, è poi considerato il fatto che la vittimizzazione comporti pregiudizi di natura psicologica, sociale, oltre che materiale, normalmente trascurati dal sistema penale, la necessità di predisporre strumenti diversi dal processo per soddisfare i bisogni delle vittime, la possibilità che anche i privati contribuiscano a prendere in carico le questioni inerenti alla vittimizzazione. Esigenze chiare e concrete, che la raccomandazione chiede vengano gestite dai paesi membri col massimo dell'efficacia e della celerità.

Per quanto attiene alle specifiche misure promosse, diverse sono quelle degne di attenzione. Si parte col raccomandare ai governi di sviluppare ricerche e conseguenti programmi di assistenza alle vittime, di operare nel senso di sensibilizzazione sociale ai temi della vittimizzazione, nonché inventariare i servizi già esistenti in quest'ambito. Il Consiglio si premura di sollecitare misure precise per le vittime e le loro famiglie, si pensi all'aiuto immediato e la protezione dalle ritorsioni possibili del delinquente, per evitare una nuova vittimizzazione, consulenza giuridica e assistenza per ottenere una completa riparazione del danno.

Si prende in considerazione poi l'urgenza di assistere particolari categorie di vittime perché maggiormente vulnerabili, come i bambini, e particolari tipologie di vittimizzazione come quella domestica, in questi casi si raccomanda la creazione, sviluppo, implementazione di servizi appositamente pensati, dotati di personale formato professionalmente per venire incontro ai bisogni delle vittime. Si promuove poi il coordinamento dei servizi di assistenza pubblica e privata, anche attraverso agenzie nazionali, che svolgano attività di prevenzione sociale e situazionale collaborando con le autorità pubbliche, si richiedono poi periodiche valutazioni e monitoraggio dei programmi predisposti. Infine all'art 17, viene esplicitamente richiamata la necessità di sviluppo di servizi di mediazione penale, con potenzialità di prevenzione del crimine.

In entrambi i provvedimenti esaminati, la mediazione viene citata *en passant*, quello che interessa però, è che i due atti, di molto precedenti alla Raccomandazione (99)19, anticipano un tema centrale per la mediazione penale, quello dell'attenzione per la vittima, la cui ricorrente insoddisfazione circa gestione ed esiti del processo penale, ha rappresentato sicuramente uno dei presupposti della rinata sensibilità per la *restorative justice*. Viene in questo modo aperto un nuovo spazio per la vittima, di valorizzazione e riconoscimento della peculiarità di tale condizione in ambito penale, spazio in cui si inserirà la mediazione penale.

2.3.2 La Dichiarazione di Vienna: I diritti delle vittime del crimine

Con la Risoluzione N° 40/34 del 1985 l'assemblea generale dell'ONU dichiara i *Principi base della giustizia per le vittime di crimini e di abusi di potere*. L'intenzione dell'Assemblea era quella di orientare gli stati membri ad affrontare il problema della criminalità dando centralità alla vittima, non limitandosi quindi ad agire con l'unico obiettivo della repressione e della sanzione dei fenomeni criminosi, ma prestando attenzione alla prevenzione e al risarcimento materiale e morale. Questo atto ufficiale è allora significativo giacché pone l'attenzione sulla particolare condizione della vittima, che oltre a subire la violenza rischia spesso anche l'indifferenza, la freddezza, il sospetto.

Per raggiungere lo scopo prefissatosi, la Dichiarazione Promuove un cambiamento di approccio di tutte le parti in gioco al ruolo e alla rappresentazione della vittima.

Il primo punto della risoluzione si preoccupa, infatti, di definire il concetto di "vittima di un crimine".

Citando dal testo, diremo che il termine vittima indica:

"quelle persone che, sia singolarmente che collettivamente, abbiano subito danni, come lesioni fisiche, sofferenza emotiva, pregiudizio economico, indebolimento di diritti, attraverso azioni od omissioni che violano le leggi penali, in vigore negli Stati membri, compreso le leggi che sanzionano l'abuso criminale di potere".

La parola vittima comprende pure la famiglia o i parenti stretti o i dipendenti della vittima primaria, nonché le persone che abbiano subito un danno nell'intervenire per soccorrere la vittima o evitare una possibile vittimizzazione.

Il secondo punto della risoluzione sollecita invece a considerare la particolare condizione di fragilità della vittima, che deve essere assistita sia nelle modalità per l'espletamento delle procedure sia nell'adozione di tutti i meccanismi formali e non, per un'equa soluzione dei conflitti. Le vittime avranno diritto al rispetto della propria dignità, così come ad un rapido risarcimento del danno subito. Dovranno essere stabiliti meccanismi giuridici e amministrativi onde consentire alle vittime di ottenere riparazione attraverso procedure formali, informali, eque, rapide, economiche. I processi giudiziari e amministrativi dovranno adeguarsi ai bisogni delle vittime, informandole di tempi e percorsi, consentendo l'espressione delle proprie opinioni e preoccupazioni, adottando misure idonee a minimizzare gli inconvenienti, assicurare la protezione della *privacy*, la loro incolumità, ma anche quella della famiglia e dei testimoni, cominciando ad evitare ritardi nella programmazione delle cause, nell'esecuzione delle sentenze o dei dispositivi per l'assegnazione del risarcimento danni alle vittime.

È previsto che i meccanismi informali di risoluzione delle liti, come la mediazione, ma anche l'arbitrato, il diritto consuetudinario ecc., dovranno essere applicate per facilitare la conciliazione e il risarcimento delle vittime e alleviare il trauma subito.

Altro punto centrale della risoluzione è la descrizione dei sistemi d'indennizzo e risarcimento. Il reo, o terzi responsabili, dovranno, se il caso, indennizzare equamente le loro vittime, le famiglie o dipendenti di queste. Tale indennizzo dovrà comprendere la restituzione di proprietà o di effetti sottratti, l'appianamento del danno o delle perdite subite, il rimborso delle spese sostenute e causate indirettamente dalla vittimizzazione, la disponibilità di servizi e il ripristino di diritti. Si richiede poi, ai governi di rivedere procedure, norme e leggi onde contemplare l'indennizzo come un'opzione disponibile in fase di pronuncia di sentenza, oltre alle sanzioni direttamente repressive. Nei casi di danno all'ambiente l'indennizzo dovrà comprendere possibilmente, il ripristino dell'ambiente, la ricostruzione delle infrastrutture, la sostituzione dei servizi.

È previsto poi che gli stati s'impegnino ad offrire sostegno finanziario alle vittime e alle loro famiglie, stanziando fondi nazionali specifici, nel caso in cui la vittimizzazione comporti danno grave a salute fisica o mentale, o la semplice inabilità al lavoro.

La Dichiarazione indica specifici obblighi di assistenza alla vittima. Attraverso mezzi governativi, comunitari, locali, di volontariato, dovrà essere assicurata l'assistenza materiale, medica, psicologica e sociale. La polizia, i servizi sociali e sanitari, dovranno essere formati o quantomeno sensibilizzati ai bisogni delle vittime, facendo particolare attenzione al tipo di danno subito.

La seconda parte della Risoluzione attiene invece alle vittime del cosiddetto abuso di potere. In questo caso il danno della vittima è derivato da azione od omissione che non costituisce violazione delle leggi penali nazionali, ma di norme internazionalmente riconosciute sui diritti umani. Gli stati membri dovranno inserire nei propri ordinamenti, norme riguardanti gli abusi di potere e prevedere rimedi alle vittime di tali abusi, che si configureranno anche come risarcimenti e indennizzi materiali, psicologici, medici. Bisognerà altresì promuovere politiche per la prevenzione di tali atti, definire e dare esecuzione a procedure che perseguano l'abuso di potere politico od economico.

2.4 La mediazione penale per adulti nell'ordinamento italiano: IL D.lgs 274/2000

Il D.lgs 274/2000, attuativo dell'art. 14 della legge delega 468/99, concretizza, nel nostro ordinamento, un nuovo modello di giustizia penale, ispirato a principi e preordinato ad obiettivi profondamente diversi da quelli tipici del sistema penale tradizionale. L'intervento del legislatore del 2000, lungi dal configurarsi, almeno nelle intenzioni esplicitate, come mero tentativo di alleggerire il carico di lavoro degli operatori giudiziari, mira chiaramente a definire una nuova strategia di gestione del reato, seppur espressivo di conflittualità "minore", nuovi strumenti per la composizione del conflitto da crimine, dispositivi ascrivibili organicamente proprio al modello della Giustizia riparativa. Si è cercato altresì, di dare attuazione alle ormai pressanti richieste provenienti da organismi internazionali, di protezione e soddisfazione della vittima, di colmare il deficit di vicinanza e risposta dello Stato al verificarsi del crimine, di limitare l'utilizzo della stigmatizzante pena detentiva a vantaggio di meccanismi "sanzionatori" a contenuto satisfattivo-riparatorio. È possibile allora affermare, che l'attribuzione della competenza penale del Giudice di Pace, rappresenti, almeno sulla carta, l'epocale superamento del carattere "ciclopico" della risposta sanzionatoria penale, il ripensamento del quasi automatico

ancoraggio della sanzione alla detenzione, promovendo invece l'accesso a modalità di definizione alternativa del conflitto innescato dal reato, semplificando e "flessibilizzando" le forme dell'intervento penale.

Prima di passare all'analisi delle misure riparative e mediatriche specificamente previste dal D.lgs 274/2000, è opportuno dedicare qualche pagina alla definizione del rapporto Giudice di Pace-Giustizia riparativa, al fine di rendere più chiaro il senso dell'inserimento della mediazione penale, tra gli strumenti della conciliazione di cui dispone quel particolare soggetto giurisdizionale che è appunto, il Giudice di Pace. Il presupposto del rapporto in parola, mi sembra possa essere ravvisato nella natura del Giudice di Pace, come tipica struttura di gestione decentrata della conflittualità tra consociati. La dimensione di *prossimità* dell'attività di conciliazione, si rivela chiaramente il presupposto della definizione di strategie di riparazione del danno. È possibile, infatti, operare nel senso di una gestione soddisfattiva e costruttiva del reato, solo ipotizzando la vicinanza, e dunque la conoscenza "da dentro", delle situazioni conflittuali sulle quali si va ad agire. La prossimità permette poi, una risposta più tempestiva alle diverse istanze avanzate dai consociati, aumentando la probabilità di soddisfazione delle parti e di prevenzione del manifestarsi di conflitti di forte intensità. Il livello di prossimità dell'operato del Giudice di Pace, come contesto della riparazione, risulta altresì, dalla considerazione del legame tra il Giudice di Pace e gli Enti Locali. Si pensi ad esempio, a come i Comuni interessati partecipino, ex art. 2 L. 374/91, all'istituzione di sedi distaccate dell'ufficio del Giudice di Pace o all'accorpamento di uffici contigui. Con la stessa prospettiva, nella stessa legge, viene stabilito che i locali nei quali sono ubicati gli uffici del Giudice, possano essere forniti dai Comuni, cui verrebbe corrisposto un contributo annuo a carico dello Stato, nel caso in cui le strutture edilizie delle preture non siano utilizzabili a quello scopo (art. 14). A ciò si aggiunge in fine, il rapporto di finanziamento che intercorre tra Giudice di Pace ed EE.LL., vale a dire il fatto che buona parte delle spese dell'ufficio del Giudice, comprese quelle per la mediazione penale, siano sostenute proprio dagli EE.LL.

Entrando ora nel merito del D.lgs 274/2000, dirò che l'attribuzione di competenze penali al Giudice di Pace, giudice non togato istituito nel 1995, è relativa a fattispecie penali espressive della cosiddetta microconflittualità intersoggettiva, tutti reati, come vedremo, caratterizzati dal fatto di destare un limitato allarme sociale. Nella gestione di tale conflittualità il Giudice di Pace dovrà perseguire la conciliazione fra le parti, principio che informa di sé tutta la normativa.

Le misure predisposte e offerte dall'ordinamento al Giudice di Pace per realizzare la conciliazione sono fondamentalmente di tre tipi: misure strettamente sanzionatorie non detentive, misure conciliativo-mediatorie, misure tipicamente riparative. Nella prima categoria di provvedimenti rientrano le prestazioni di attività non retribuite a vantaggio della comunità ex art. 54 (leggibile anche in ottica riparativa), l'obbligo di permanenza domiciliare (art. 53) e misure prescrittive specifiche (pena pecuniaria); alla seconda categoria è ascrivibile la mediazione ex art 29 co. 4 finalizzata alla remissione della querela; alla terza categoria attengono infine, le condotte riparative "estintive" del reato ex art 35. A quest'innovativo strumentario *lato sensu* sanzionatorio, va aggiunta la possibilità ex art. 34 dell'esclusione di procedibilità per particolare tenuità del fatto, istituito mutuato dal processo minorile (art 27 D.P.R. 448/88).

Prima di soffermarmi sulle disposizioni del D.lgs 274/2000 che introducono nell'ordinamento penale misure mediatriche e riparative, ricordo che la prima e preliminare innovazione del decreto è l'attribuzione (art. 21) alla parte offesa di poter citare direttamente in giudizio l'autore del reato per rivalersi dei propri interessi lesi, emancipandosi dal ruolo statico e marginale normalmente rivestito, per diventare protagonista del procedimento, tale inedito potere è esercitabile solo nei casi di reati perseguibili a querela.

Fatta tale debita premessa, inizio la panoramica sulle innovative misure riparative del D.lgs 274/2000, con l'analisi dell'art. 29, disposizione sintomatica dello spirito che anima suddetto provvedimento.

Cito direttamente dal testo normativo:

"Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio. In ogni caso le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono in alcun modo essere utilizzate ai fini della deliberazione".

Questo è il comma quattro di suddetto articolo, denominato "Udienza di comparizione", facente parte del capo IV, definito "Giudizio".

Per la prima volta in modo esplicito, trova sanzione giuridica come strumento di conciliazione, la possibilità di accedere alla mediazione penale, quella tecnica di gestione del conflitto innescato dal crimine, informale, consensuale e soprattutto autonoma dalla sede giudiziaria.

Il Giudice di Pace, infatti, quando il reato è perseguibile a querela, può, se lo ritiene utile, promuovere la mediazione tra le parti al fine della conciliazione, che sarà suggellata dalla remissione della querela, agendo personalmente oppure, ove occorra, servendosi di strutture apposite, esterne all'apparato giudiziario, dopo aver rinviato l'udienza per un periodo massimo di due mesi, tempo nel quale si svolgerà la mediazione.

Nodi problematici in sede esegetica, che provo ora ad analizzare, sono le espressioni testuali "*qualora sia utile*" (rinviare per conciliare) e "*ove occorra*" (servirsi di strutture di mediazione). Nel primo caso l'interrogativo cui rispondere, concerne l'utilità generale del rinvio per conciliare le parti. Come suggerisce Carlo Sotis (8), tale rinvio dovrebbe essere sempre necessario, con eccezione delle ipotesi in cui la conciliazione sia già avvenuta, o è comunque percepibile si addivenga agevolmente e in tempi brevi ad essa. In questo caso il giudice valuterà la situazione in sede d'udienza di comparizione senza ulteriori rinvii. Altra eccezione è l'ipotesi in cui occorra accertare il fatto, mancando quello che dalla normativa internazionale viene definito requisito minimo d'accesso alla mediazione, vale a dire la convergenza delle parti nella ricostruzione essenziale del fatto delittuoso. Sotis suggerisce il rinvio sia utile anche nei casi in cui le parti non convengano pienamente sull'andare in mediazione, in modo tale da informare le stesse, quantomeno di cosa sia in concreto tale pratica.

Altro quesito interpretativo è quell'"*ove occorra*", riferito all'utilità della mediazione (per conciliare), magari svolta da strutture esterne, quesito che potremmo dire centrale.

La risposta più semplice da offrire, è che solo nei casi in cui le parti non desiderino ricucire la relazione interrotta dal verificarsi del delitto, ma preferiscano limitarsi a riparare gli effetti dannosi con semplici reintegrazioni, indennizzi, risarcimenti, il giudice possa fare a meno del servirsi di un servizio di mediazione professionale. In questo caso potrà operare in prima persona ai fini della conciliazione, in un'ottica transattivo-negoziale.

Chiudo la disamina dell'art 29, sul quale avrò modo di tornare in sede d'analisi sociologico-giuridica, ricordando la previsione di una rilevante garanzia che permette il coordinamento tra il ricorso alla mediazione e il principio costituzionale di presunzione di innocenza. L'art. 29 contempla, infatti, il divieto di utilizzazione delle dichiarazioni rese dalle parti durante la mediazione, ai fini della deliberazione, principio affermato anche dalla normativa comunitaria in materia.

La strada di ingresso della mediazione nel nostro ordinamento non è solo quella prevista dall'art. 29, il D.lgs 274/2000 definisce, infatti, altri due fondamentali istituti connessi (o comunque "connettibili" in via interpretativa) alla pratica mediatoria. Prima di tutto l'art 34, che prevede l'"esclusione della procedibilità nei casi di *particolare tenuità del fatto*". Può essere qualificato come particolarmente *tenuè* il fatto, quando:

"[...] rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato".

Emerge chiaramente dal disposto dell'art. 34, la presa di coscienza del legislatore circa la virtualità stigmatizzante delle conseguenze dell'esercizio dell'azione penale, foriera di pregiudizi concreti circa il lavoro, lo studio, la famiglia e la salute dell'imputato. È per questi rilevanti motivi che nel caso di "*tenuità del fatto*", ovvero della sproporzione tra il disvalore sociale del comportamento astrattamente sanzionabile e le deleterie conseguenze per il reo dell'attivazione dei meccanismi giudiziari penali, è possibile l'esclusione della procedibilità. Viene introdotta in questo modo una misura del tutto simile al non luogo a procedere per irrilevanza del fatto criminoso minorile (art. 27 DPR 448/88), adattato ovviamente alle caratteristiche del reo adulto. Da considerare tuttavia, che l'esito estintivo del reato e l'assenza di sanzione per il colpevole, potrebbero frustrare l'esigenza dell'offeso e della collettività di attribuzione della responsabilità, riparazione del danno e ripristino dell'ordine sociale. A questo vuoto di

giustizia potrebbe rispondere proprio la mediazione, fissando un percorso attraverso il quale cercare di addivenire alla riparazione del danno prima dell'esclusione della procedibilità, riparazione cui darebbe adito, seppur in modo indiretto, l'art 34.

Altro varco aperto alla mediazione penale, è rappresentato dall'art. 35, che riconosce alla "condotta riparativa" realizzata prima del giudizio, efficacia estintiva del reato:

"Il Giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al precedente comma solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione".

Prima dell'udienza di comparizione, il reo può quindi dimostrare di aver provveduto alla riparazione del danno, elidendo gli effetti pregiudizievoli del reato, nelle forme del risarcimento o della restituzione, nonché all'eliminazione, sostenuta da presupposti diversi dalla restituzione, delle conseguenze dannose del proprio comportamento. E' disposto che si verifichi, ai fini del riconoscimento della fondatezza della causa estintiva, che la riparazione del danno sia adeguata alla soddisfazione delle esigenze di *riprovazione* e di *prevenzione* (9). La norma introduce in questo modo due criteri-guida per l'esercizio della discrezionalità del giudice, parametri tuttavia di difficile definizione interpretativa e probatoria. *Prevenzione* potrebbe significare prevenzione generale, la condotta riparativa dovrebbe allora essere funzionale al ripristino della pace sociale, ma anche prevenzione speciale, cioè riconciliazione reo-vittima e conseguente effetto di risocializzazione. *Riprovazione* potrebbe intendere proporzionalità tra gravità del fatto socialmente, ma anche individualmente percepita e condotta riparatoria.

L'istituto in esame, ha poi sollevato diverse perplessità, circa la sua ascrizione al paradigma riparativo, dubbi amplificati dal ruolo minimale previsto per la vittima nel funzionamento dell'istituto, godendo quest'ultima dell'unico diritto di essere sentita prima della dichiarazione dell'estinzione del reato. Altro *vulnus* dell'istituto appare l'assurgere a criterio guida per il giudice, dell'efficacia sanzionatoria della condotta del reo, che limita grandemente la valenza riparatoria dell'art 35, il quale a ben vedere risulta gravitare più intorno al paradigma del diritto penale minimo che della *restorative justice*.

Un ultimo spazio per la mediazione potrebbe ricavarsi da un'interpretazione teleologica dell'art. 54.

"Il Giudice di pace può applicare la pena del lavoro di pubblica utilità solo su richiesta dell'imputato. Il lavoro di pubblica utilità non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi e consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni o presso enti od organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato"

Una volta definiti gli spazi aperti alla mediazione penale dal D.lgs 274/2000, provo ora ad individuare e descrivere le fattispecie codicistiche realmente mediabili (soprattutto mediante il ricorso all'art. 29), riconducibili a tre categorie omogenee:

- ~delitti contro l'onore: artt. 594, 595, 616 c.p.
- ~delitti offensivi di interessi individuali disponibili: artt. 626, 627, 631-33, 635-639
- ~delitti offensivi di interessi personali indisponibili: artt. 582, 590.

Tutte e tre le categorie fanno riferimento a reati perseguibili a querela e concretamente mediabili. Nel primo caso la perseguibilità a querela garantisce la vittima dalla pubblicità del dibattimento, per evitarla od ottenerla, quando l'obiettivo dell'inserimento di tali tipi di reati (ingiuria, diffamazione, violazione, soppressione o sottrazione di corrispondenza) tra quelli mediabili, dovrebbe essere quello di consentire un'ulteriore privatizzazione del conflitto.

Alla seconda categoria ineriscono reati come furti perseguibili a querela, sottrazione di cose comuni, usurpazione, deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi, invasione di terreni ed edifici, danneggiamento, introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui, ingresso abusivo nel fondo altrui, uccisione o danneggiamento di animali, deturpamento e imbrattamento di cose. In questo caso la

querela è finalizzata all'individuazione della meritevolezza della risposta sanzionatoria o riparativa, che spetta in concreto alla parte, non essendo fissata una volta per tutte dal legislatore. La possibilità di mediare è invece funzionale ad offrire risposte differenziate per fatti criminosi il cui limitato disvalore sociale non giustifica obiettivamente la pena, richiedendo tuttavia l'attivazione di una confacente strategia di gestione degli interessi lesi della vittima.

Al terzo gruppo afferiscono reati offensivi di interessi indisponibili, si pensi alle lesioni corporali, in questo caso la querela svolge funzioni eminentemente deflative del carico di lavoro degli operatori giudiziari, quando la mediazione assolve il compito tipico di tutelare la vittima ed evitare la sofferenza della pena al reo.

Chiare appaiono infine, le costanti criminologiche caratterizzanti il catalogo di reati mediabili: l'autore del reato è sempre una persona fisica, proprio come la vittima; la vittima è sempre perfettamente identificabile; la "gravità" del fatto, il cui indice è la sanzione penale astrattamente prevista, è modesta; il bene giuridico offeso è sempre personale.

La portata innovativa, sperimentale delle disposizioni contenute dal D.lgs 274/2000, in generale lo spirito che anima il provvedimento, non possono non stimolare da una parte la riflessione critica sullo stesso, dall'altra, la valutazione circa l'effettività del provvedimento. La domanda che di conseguenza si può porre, è come sia stata applicata e recepita la normativa sopra vista da operatori e comunità, quanto e come funzioni nella prassi la mediazione presso il Giudice di Pace, chi vi accede, con quali esiti e prospettive. A tutti questi interessanti interrogativi proveremo a rispondere nell'ultima fase del nostro studio, l'analisi sociologico-giuridica in stile etnografico.

3. La mediazione penale: un profilo sociologico-giuridico

In quest'ultima parte dello studio sulla mediazione penale, riporto gli esiti della ricerca "sul campo" (10) avente ad oggetto i profili applicativi della mediazione penale ex art 29 co. 4 D.lgs 274/2000, svolta personalmente nei mesi di Ottobre-Novembre 2005.

Il presupposto della ricerca che propongo, è la consapevolezza della distinzione tra la *legge*, ultima parte di un formale e codificato iter di elaborazione normativa, e il *diritto*, inteso come stratificazione d'interventi di diversi operatori giuridici, come il risultato di una complessa operazione di "filtraggio" delle disposizioni normative, attraverso un fitto reticolo di transizioni sociali, spesso distorsive del senso trasfuso dal legislatore nella norma. La mia attenzione si è rivolta propriamente, al "distillato" di quel filtraggio e dunque alle modalità di invero nella prassi delle disposizioni elaborate dal legislatore, nazionale e internazionale, in tema di mediazione penale. Protagonisti dello studio contenuto in questo ultimo capitolo, saranno allora gli operatori della mediazione, coloro i quali vivono e agiscono quotidianamente questo nuovo modello di gestione della conflittualità sociale, in contesti organizzativi, professionali e sociali specifici e limitati.

Ad oggi in Italia, sono attivi quattro centri di mediazione penale presso il Giudice di Pace, nelle città di Milano, Firenze, Trento e Bolzano (unico Centro, quello promosso dalla Regione Autonoma Trentino Alto-Adige, articolato in due sezioni). Di queste organizzazioni, con i quali operatori ho avuto modo di discutere a lungo, tentando la prossimità e il contatto diretto al fenomeno in analisi, riporterò i profili organizzativi, le pratiche effettive, i modelli culturali di riferimento, sperando di definire, almeno in parte, una sintesi dei "microcosmi operativi" della mediazione.

3.1 La mediazione penale presso il Giudice di Pace di Firenze

Il centro di mediazione penale presso il Giudice di Pace di Firenze, è stata la prima struttura le cui prassi operative ho avuto modo di costatare direttamente, attraverso due incontri svolti con le mediatrici del centro (11).

Sito in Via Fattori 10/b, all'interno dell'edificio che ospita il Giudice di Pace fiorentino, l'Ufficio di mediazione penale nasce sulla base di una convenzione stipulata il 28 Ottobre 2004, tra il Giudice Coordinatore dell'Ufficio del Giudice di Pace di Firenze, dott. Cesare Iapichino, e il Prof. Emilio Santoro,

direttore dell'*Altro Diritto*, promotore della costituzione dell'ufficio di mediazione.

L'ufficio diventa operativo effettivamente nel Dicembre 2004, rappresentando quindi la seconda esperienza di questo tipo in Italia, in ordine di tempo, dopo quella di Milano.

Per quanto attiene ai profili strettamente organizzativi, ricordo che l'Ufficio si avvale dell'attività di due mediatrici, formate e selezionate dall'*Altro Diritto*, l'avv. Valentina Adduci, coordinatrice, e la dott.ssa Paola Sanchez-Moreno, cui vanno aggiunte tre tirocinanti di un modulo professionalizzante dedicato alla mediazione dei conflitti, attivato dall'Università degli studi di Firenze. Le mediatrici operano nel centro per tre giorni settimanali, per quattro ore giornaliere.

L'inizio effettivo dell'attività dell'Ufficio, è stato preceduto da una consistente operazione di sensibilizzazione circa il progetto di mediazione penale (profili normativi, orizzonti di senso ecc), a Firenze. In particolare, si è cercato di analizzare insieme agli "operatori del diritto", Giudici di Pace e avvocati, il contenuto dell'art. 29 e 35 ex D.lgs 274/2000, in forza dei quali è possibile attuare la mediazione, ma anche di valutare come si inserisce la mediazione nel procedimento presso il Giudice di Pace e dunque i suoi possibili esiti procedurali. Altra direttrice dell'attività di sensibilizzazione è consistita nel coinvolgimento delle istituzioni locali, in specie assessori comunali, provinciali, regionali alle politiche sociali, con l'obiettivo di illustrare il senso e le prospettive dell'attività di mediazione, e più in generale, l'ottica della gestione dei conflitti tra consociati in senso compositivo-satisfattivo.

Si è cercato altresì, di instaurare un rapporto collaborativo con gli altri organi di giustizia di prossimità, come i Difensori civici, l'Ufficio di Arbitrato e conciliazione della Camera di Commercio di Firenze, i Servizi di Pronto soccorso giuridico, i Quartieri, ecc. L'obiettivo in questo caso, è stato quello di promuovere la creazione di una concreta rete di sinergie tra i soggetti non giurisdizionali preposti alla gestione dei conflitti, in modo da sviluppare una consapevolezza comune, circa i servizi offerti ai cittadini, nonché un apparato organico e funzionale, nelle sue articolazioni di settore e sul territorio, di giustizia di prossimità.

Passo ora, a descrivere propriamente le pratiche effettive elaborate di suddetto ufficio e dunque il funzionamento reale della mediazione penale a Firenze, considerato in base alle informazioni derivate dai colloqui svolti con le mediatrici.

Primo profilo da considerare è il rapporto trilaterale tra l'Ufficio di mediazione penale, il Giudice di Pace e l'Ordine degli avvocati di Firenze. Quello dell'interazione tra operatori, della mediazione e del mondo giurisdizionale tradizionale, appare evidentemente un aspetto centrale ai fini della comprensione del livello applicativo della mediazione penale, del suo invernamento nella prassi.

Conflitti o meglio, torsioni di forze tra i due "mondi" (vedi sopra, pag. 22), determinerebbero giocoforza, una *limitazione esogena* delle potenzialità della mediazione, pratica meno solida, perché di più recente introduzione e meno conosciuta, rispetto al processo penale tradizionale. In parole semplici gli avvocati, sfruttando la loro credibilità professionale, potrebbero ad esempio, opporre qualche resistenza all'attività di mediazione, esercitando pressioni sui Giudici di Pace e sui clienti, promovendo una certa "diffidenza" rispetto alla nuova forma di gestione dei conflitti.

Mi è stato spiegato di rapporti ottimi con i Giudici di Pace, mentre l'interazione tra l'ufficio e l'Ordine degli avvocati è stata descritta appunto, come più problematica. Non è faticoso comprendere le ragioni di tale fredda accoglienza. È evidente, infatti, quanto l'avvocato possa almeno in un primo momento, non tanto sentirsi delegittimato dalla presenza dei mediatori, trattandosi di figure professionali nettamente distinte in ordine a mansioni e spazio di operatività, quanto vedere in essi una specie di concorrente rispetto alla gestione della causa davanti al Giudice di pace e quindi al proprio cliente. In verità, questa "diffidenza ambientale", col passare del tempo si è modificata nettamente, intravedendosi la possibilità di una vera collaborazione tra mediatori e avvocati, o quantomeno un attivo coinvolgimento di questi ultimi. Il superamento dell'iniziale fase di stallo è da imputarsi sia all'attività d'intermediazione del dott. Iapichino, coordinatore dei G.d.P. di Firenze, sia alle modalità con le quali le mediatrici hanno definito il proprio rapporto con gli avvocati, informati sin dall'inizio del rinvio del Giudice ex art. 29 D.lgs 274/2000. In sintesi, posso descrivere quasi come "fisiologica" l'iniziale difficile convivenza tra mediazione e avvocati, comprensibilmente sorpresi dall'irruzione sulla scena della gestione dei conflitti, prima egemonizzata da questi, di nuove figure, con nuovi compiti e un'innovativa prospettiva di lavoro. Resta poi un fatto da considerare, che, come scrive il Luigi Lombardi Vallauri, l'avvocato rispetto al conflitto rimane "*l'impresario delle pompe funebri e non il medico patologo*" (12)...

A questo punto, descritta l'interazione operatori tradizionali del diritto e mediatrici, posso provare a calarci nella dimensione propriamente prasseologica dell'attività mediatrice, partendo dalle fasi preliminari e informative. L'attivazione dell'Ufficio di mediazione in relazione ad una specifica vicenda, consegue alla comunicazione inoltrata dal Giudice di Pace all'Ufficio, attraverso la cancelleria, circa la sospensione della procedura ordinaria e il conseguente rinvio alla mediazione, ex art 29 co. 4 D.lgs 274/2000. L'avviso si caratterizza per l'assenza di qualsiasi informazione nel merito della controversia, essendo indicato solo il nome delle parti e dei difensori, nonché i rispettivi recapiti telefonici. Segue l'invio da parte dell'Ufficio di mediazione agli avvocati, della comunicazione di avvenuta applicazione dell'art. 29, e quindi della sospensione del procedimento. Informare l'avvocato è chiara operazione finalizzata al coinvolgimento dello stesso, onde evitare spiacevoli tensioni, come sopra riportato.

La terza fase del percorso informativo, riguarda evidentemente le parti.

L'Ufficio di mediazione contatta querelante e querelato attraverso i rispettivi avvocati, allegando alla missiva informativa per il difensore, un'ulteriore lettera, che quest'ultimo consegnerà al suo assistito. Nella lettera inviata alla parte, è espresso chiaramente il senso e le prospettive dell'attività di mediazione, definita come processo d'elaborazione costruttiva del conflitto, dove le parti sono messe in condizione di esprimere liberamente il proprio punto di vista in relazione a ciò che le oppone, pratica gratuita, consensuale e confidenziale. A ciò si aggiunge, naturalmente, l'informazione dell'avvenuto rinvio del caso che coinvolge le parti, alla mediazione.

Nel caso in cui le parti non contattino direttamente l'Ufficio, decorso un certo periodo di tempo, saranno le operatrici che cercheranno di rintracciare telefonicamente i difensori di querelato e querelante, in modo tale da sollecitare la fissazione del giorno del colloquio individuale preliminare. Durante questa fase, i soggetti contendenti sono invitati separatamente ad esporre il personale punto di vista in relazione alla natura del conflitto che li oppone, si cerca quindi di ricostruire storicamente l'accaduto ed infine si procede a sondare la reciproca volontà delle parti ad incontrarsi direttamente.

In presenza di detta libera disponibilità, si passa alla mediazione in senso sostanziale, vale a dire all'incontro *face-to-face*. Ricordo che la partecipazione ad ogni fase è "formalizzata" attraverso la sottoscrizione di alcuni moduli, d'ingresso, colloquio esplorativo e incontro di mediazione *face-to-face*. Da rilevare che l'esito dell'incontro finale, qualora abbia o meno avuto luogo, viene comunicato al Giudice di Pace in maniera estremamente sintetica, senza attribuzione di responsabilità del successo o insuccesso dell'attività alla singola parte, onde evitare possibili condizionamenti nella deliberazione dell'organo giudicante.

Due parole sul metodo seguito a Firenze. Da rilevare è l'originale commistione tra elementi mutuati da modello culturale umanistico (Morineau) e le tecniche di conciliazione-negoziazione, il tutto all'insegna della flessibilità nella definizione di risposte alle specifiche esigenze delle parti. Per meglio comprendere le dinamiche effettive della mediazione, nonché i risvolti operativi del metodo d'intervento, propongo a questo punto, di considerare alcuni casi concretamente gestiti dalle mediatrici fiorentine, che gentilmente ci hanno concesso di esaminare, ovviamente nel rispetto della *privacy* delle parti coinvolte. Come vedremo, i casi selezionati rimandano a tipologie tipiche di conflitti interpersonali, ipotesi reali cui è possibile attribuire valore "esemplare".

Caso N.1

Rinviato il caso al centro di mediazione, espletata la fase informativa e raccolta l'adesione delle parti al colloquio esplorativo individuale, in quest'ultima sede, la vittima faceva emergere la tipologia di reato che lo vedeva coinvolto, si trattava di un caso di diffamazione.

La Vittima (chiameremo così la parte querelante), membro di un'amministrazione pubblica, era stato pubblicamente accusato dal Reo (parte querelata), di *mala gestio* di soldi dei contribuenti; giunta voce alla V. di tale accusa, questi reagiva querelando per diffamazione R. La vittima si diceva spinto a tale gesto dalla P.A. d'appartenenza, in vero, emergeva dall'incontro preliminare un forte risentimento personale dovuto alla gravità delle accuse mossegli. Risultava altresì, l'aspettativa minima della vittima rispetto al reo, vale a dire delle scuse formali per lo spiacevole accaduto, in più la V. si dichiarava ancora non pienamente convinto di voler accedere alla mediazione, in quanto parlare dinnanzi a terzi, con l'offensore, lo poneva a disagio. Da parte sua, il Reo, sosteneva la bontà delle sue accuse e si diceva riluttante a chiedere scusa.

Le parti, stante le preliminari diffidenza reciproca, decidono tuttavia di partecipare all'incontro congiunto di mediazione. In questo contesto, vittima e reo in presenza delle mediatrici, si chiariscono spontaneamente, senza alcun intervento direttivo delle operatrici, che si limitano ad assistere la comunicazione tra le parti. Il reo, infatti, a contatto con l'"oggetto" delle sue accuse, "toccando con mano la sofferenza" a questi arrecata dalle sue parole, definisce queste ultime come affermazioni superficiali e quindi gratuitamente offensive. Le scelte della vittima a proposito della gestione dei soldi dei contribuenti, erano infatti dettate da complesse motivazioni tecniche, delle quali il reo era malauguratamente ignaro, nessuno sperpero dunque, solo una necessaria, forse poco popolare, amministrazione delle risorse disponibili.

Il naturale esito procedurale della vicenda è stato la remissione della querela, in forza delle scuse del Reo e pertanto, dell'avvenuta pacificazione delle parti.

Il caso esaminato è interessante per diversi aspetti. Prima di tutto la resistenza preliminare alla mediazione, che testimonia quanto il conflitto fosse sentito, soprattutto dalla vittima, conflitto che in sede processuale sarebbe andato incontro ad una gestione poco sensibile a tale "carica affettiva" meglio compresa e valorizzata dalla mediazione. Da considerare poi come il semplice "posizionamento" *face-to-face* delle parti, abbia determinato un naturale flusso comunicativo che ha risolto il conflitto, quasi senza intervento delle mediatrici, attive soprattutto nella prima fase della mediazione. Il contatto apre alla dissoluzione di pregiudizi, come quelli che il reo nutriva verso la vittima, e dunque alla possibile pacificazione.

Caso N.2

Il motivo d'interesse che ci spinge a riportare questo secondo caso, è il fatto di risultare espressivo della cosiddetta microconflittualità "da vicinato", la cui gestione è tipicamente demandata al Giudice di Pace.

La querela era conseguente a delle ingiurie. Il Reo, infatti, aveva pesantemente offeso l'altra parte, con la quale era entrato in conflitto per una poco chiara situazione di parcheggi condominiali.

In sede di colloquio preliminare, il Reo, consapevole del proprio gesto, si dichiarava subito disponibile ad un accordo amichevole, simbolico (come stringere la mano) e materiale (un indennizzo economico). La Vittima, da parte sua era ben disposta a quel tipo di riparazione, a patto che si trovasse un accordo anche per la questione parcheggio.

Durante l'incontro congiunto, cui le parti pervenivano, V. e R. parlano diffusamente delle modalità d'indennizzo e della questione parcheggio, trovando rapidamente l'accordo. Emergeva addirittura una netta convergenza di vedute in relazione al fatto scatenante il conflitto (il parcheggio), entrambi volevano la stessa cosa ma non si erano parlati e quindi compresi.

La mediazione, conclusasi con la remissione della querela, ha offerto alle parti lo spazio per comunicare, spazio che per questioni contingenti non avevano precedentemente trovato. È un dato ricorrente, tra l'altro già evidenziato nella parte teorica del nostro studio, come l'assenza di comunicazione assurga a chiaro fattore incidente sul verificarsi del conflitto, deficit di comunicazione acuito poi dal verificarsi del crimine, dove all'originaria incomunicabilità si sovrappone una vera frattura relazionale, che la mediazione tenta di ricomporre.

Casi N.3 e 4

Gli ultimi due casi che intendo riferire, attengono ad un'altra forma di conflittualità, quella intrafamiliare, forse la più complessa da gestire perché più forti i legami affettivi che coinvolgono le parti. Un conflitto relativo coniugi, infatti, non può non implicare aspettative e sofferenze, specificissime e profonde, che in sede di mediazione bisognerà "anatomizzare", operazione evidentemente non semplice.

La prima vicenda concerne una querela per lesioni, percosse, ingiurie, dove querelante era la moglie e querelato il marito, coinvolti tra l'altro, in una separazione giudiziale.

Durante l'incontro preliminare, il marito sosteneva che i rifiuti della moglie alle richieste d'incontro di questi con la loro figlia, avevano creato una situazione particolarmente ostile, alla base del conflitto attuale, nonché dell'imminente separazione. In più contestava il rapporto simbiotico tra la moglie e la madre (della moglie), che minava il rapporto coniugale.

Dal colloquio con la moglie querelante, emergeva invece, il timore di questa a lasciare che il marito, descritto come poco affidabile, addirittura violento, vedesse la bambina e in più il desiderio di portare avanti la querela. In questo caso la mediazione non è avvenuta, poiché la parte querelante ha rifiutato l'incontro di mediazione *face-to-face*. A riprova della difficoltà di gestire tale tipologia di conflitto, riporto un ulteriore interessante esempio. Premesso che anche in questo caso c'era una separazione giudiziale in atto, il marito querelava la moglie per ingiurie, quest'ultima rispondeva querelando il primo per mancata corresponsione dell'assegno di mantenimento, controreplica del marito con denuncia perché la moglie gli impediva di vedere i figli.

Nell'incontro preliminare il marito individuava nella voglia della moglie di "*avere sempre ragione*" uno dei fattori a base della crisi matrimoniale. Affermava di voler vedere i figli come da accordi presi col giudice, dichiarandosi infine, poco persuaso dell'utilità della mediazione. La querelata, nel colloquio individuale, dopo essersi detta fiduciosa nella mediazione, considerava la nascita dei tre figli in solo diciotto mesi e quindi l'aver trascurato il marito, la causa del deterioramento del rapporto coniugale, infrantosi alla fine in un presunto tradimento del marito. Propriamente il caso di ingiurie si era verificato al termine di un esame medico sui figli, cui erano presenti entrambi i coniugi, occasione in cui la moglie aveva offeso dinnanzi ad altri il marito.

In sede di mediazione i coniugi non trovano l'accordo, emergendo soprattutto la scarsa motivazione del marito (dettosi spinto alla mediazione soprattutto dall'avvocato). È questo l'unico caso di mediazione arrivata all'incontro *face-to-face* (dei 27 totali nel periodo Dic. 04 - Ott. 05), con esito, tra l'altro comprensibilmente, negativo.

Diversi i dati che si possono considerare. Risalta prima di tutto, come la mediazione permetta costantemente l'emersione della dimensione profonda del conflitto, come dietro ad un evento apparentemente risibile (si pensi alle ingiurie) si celi invece una situazione di disagio, di sofferenza, in generale un conflitto interpersonale spesso drammatico, riportato alla luce dall'attività di mediazione.

Il reato in sé, si configura come la punta di un *iceberg*, il mero sintomo di una contrapposizione radicata, invisibile se non attraverso l'esplorazione creativa degli aspetti reconditi del conflitto: partendo dal reato, come frattura relazionale contingente, promuovendo la comunicazione tra parti, solo in questo modo, si può giungere alla comprensione profonda del conflitto, e di conseguenza alla sua gestione costruttiva.

La mediazione in sintesi, opera sulle cause della disputa, risale ai suoi elementi primi, mina alle fondamenta i fattori di rischio di future e spesso più intense esplosioni d'intolleranza, realizzando in questo modo, un'efficace azione preventiva circa la possibile degenerazione del conflitto.

Provando ora, a ricomporre organicamente i dati reperiti circa quest'esperienza di mediazione penale, è possibile dire come la mediazione penale presso il Giudice di Pace di Firenze, si caratterizzi prima di tutto, per il ruolo "non-direttivo" svolto dalle mediatrici. Come ci è stato espressamente detto, la mediazione è pensata prima di tutto, come spazio della comunicazione, come istituzionalizzazione del dialogo, che apre alla comprensione reciproca. Chiara è la consapevolezza che il sovrapporsi di svariati diaframmi comunicativi durante il processo giurisdizionale, alimenti la frattura relazionale che già tiene lontane le parti, acutizzando il conflitto. Lasciando invece, che reo e vittima si parlino direttamente, facendo affidamento sulla autonomia e maturità delle stesse, temperando possibili tensioni e agevolando il dialogo, mansioni tipiche del mediatore, normalmente si perviene alla composizione della disputa. Questa fiducia nella *comunicazione creativa*, riecheggia delle elaborazioni dell'ultimo Wittgenstein (13) e di Austin (14), per i quali "*la comunicazione non è semplicemente strumento per rispecchiare la realtà esterna, bensì per crearla*" (15), comunicazione come mezzo di mantenimento dell'ordine sociale, delle relazioni intersoggettive, della stessa identità personale.

La relazione di accompagnamento alla Raccomandazione N° (99)19 poi, individua nell'espressione "*ethic of care*", la necessaria guida dell'attività di mediazione: non prendere in carico le parti (la mediazione non è terapia) e curare il conflitto (che non è un episodio patologico), bensì *prendersi cura* della relazione interoggettiva deteriorata, questo l'obiettivo della mediazione. A Firenze ci sembra sia stata recepita in pieno questa prescrizione di metodo, risaltando la disponibilità, preparazione e l'umanità delle operatrici. Non è un caso quindi, che tutte le parti coinvolte nell'attività dell'ufficio, anche nei casi in cui non si sia pervenuti all'incontro finale, abbiano chiaramente espresso la propria soddisfazione per lo spirito della mediazione, ne abbiano riconosciuto l'utilità e necessità.

Un ultimo dato. Le mediatrici ci hanno parlato di un "futuribile" progetto di accordo con le Procure della Repubblica e la Polizia Giudiziaria, circa la possibilità di inviare in mediazione casi che ancora non sono sfociati nella querela, ma che presumibilmente avranno quell'esito. Personalmente ritengo questo tipo di iniziativa veramente apprezzabile, venendo, infatti, aumentato lo spazio di operatività della mediazione penale, che svolgerebbe a questo punto una concreta azione preventiva.

3.2 La mediazione penale presso i Giudici di Pace del Trentino

Come premessa all'analisi di seguito proposta, ricordo che alla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige sono attribuiti direttamente dalla normativa di attuazione dello Statuto speciale di autonomia, peculiari compiti e funzioni in materia dei Giudici di Pace. La Regione, ad esempio, propone al Consiglio Superiore della Magistratura i Giudici di Pace che dovranno operare nelle due Province di Trento e Bolzano, fornisce gli uffici, le attrezzature e i servizi occorrenti al loro funzionamento, nonché l'apparato amministrativo.

Proprio il ruolo affidato all'ente nel settore dei Giudici di Pace ha comportato per lo stesso, la necessità di assumersi l'onere della costituzione dei Centri per la mediazione applicativi del D.Lgs. n. 274/00. È dunque su iniziativa della Regione autonoma che nel Giugno 2004 vede la luce il Centro di mediazione penale presso i Giudici di Pace del Trentino-Alto Adige, articolato nelle due sezioni di Trento e Bolzano.

Nel mese di Novembre 2005, ho avuto modo di essere ricevuto e parlare con i mediatori (16) operativi a Trento, pertanto mi appresto a riportare i dati salienti emersi in occasione di quella lunga intervista.

Il Centro di mediazione penale di Trento, proprio come quello di Bolzano, nasce formalmente nel Giugno 2004. Alla costituzione formale segue un'intensa attività di sensibilizzazione, soprattutto verso gli operatori tradizionali del diritto, a partire poi, dall'Agosto successivo il Centro inizia la sua attività concreta. Attualmente la struttura è aperta al pubblico i giorni di Martedì e Giovedì dalle ore 9.00 alle ore 14.00, nei locali del Palazzo della Regione, Via Gazzoletti, n°2. Per il centro di Bolzano, gli orari sono invece 16.00-18.00 il Lunedì, 9.00-13.00 il Giovedì, egualmente presso il palazzo della Regione, in Piazza Sernesi.

Il centro di Trento vede attivi ben dieci mediatori (in principio erano in dodici, proprio come a Bolzano, oggi per questioni contingenti a Trento, sono rimasti in dieci). I mediatori sono assunti e retribuiti direttamente dalla Regione, in forza di un contratto di cooperazione continuata a progetto.

La formazione di tali operatori è stata svolta prevalentemente dall'Associazione Dike, nelle vesti del prof. Adolfo Ceretti e della prof.ssa Claudia Mazzucato, senza dimenticare il contributo, a livello formativo, offerto dall'Università di Trento. Il *training* si è articolato in dieci *stages*, per un totale di 160 ore tra attività teoriche e pratiche, a partire dal Settembre 2003. Il modello teorico di riferimento è stato quello umanistico definito da Jaqueline Morineau, con l'integrazione di alcuni elementi conciliativo-negoziati. Dato interessante è il fatto che i mediatori trentini provengano da aree di competenza scientifica particolarmente eterogenee: pedagogica, giuridica, della cooperazione internazionale, psicologica ecc.

Tratteggiati sommariamente gli aspetti organizzativi e strutturali, e premesso che la mediazione penale a Trento è svolta esclusivamente in applicazione dell'art 29 co. 4 del D.lgs 274/2000, anche se a livello teorico, si è discusso sulla possibilità di agganciare la mediazione agli artt 34, 35, e 54, passo a descrivere il centrale argomento, ai fini del nostro studio, delle prassi operative del centro. Con quest'espressione intendo quel complesso intreccio di pratiche professionali, modalità di interazione con gli altri operatori del diritto, modelli teorici calati nell'esperienza, moduli gestionali interni, plasmatis nella quotidianità e rappresentanti il reale "funzionamento" della mediazione penale a Trento.

Primo obiettivo è la descrizione del percorso formale della pratica di mediazione, cioè quell'insieme codificato di fasi nelle quali si articola l'attività di gestione del caso, successivamente alla sospensione del procedimento ex art. 29, iter non scandito dalla legge, bensì elaborato dagli operatori del Centro in accordo col Giudice di Pace.

L'*incipit* del percorso è ovviamente, l'invio al centro, da parte del Giudice di Pace, del fascicolo relativo ad un determinato procedimento. Nel fascicolo sono indicate diverse informazioni, tra le quali il nome delle parti e dei difensori, i rispettivi recapiti telefonici e il tipo di reato che coinvolge vittima e reo. Il fascicolo viene allora visionato dal Coordinatore del centro, il quale individua tra i mediatori il

Responsabile del fascicolo, figura centrale per lo svolgimento della mediazione, in quanto parteciperà a tutti gli incontri e in generale presiederà allo sviluppo di tutta l'attività. Il Responsabile è scelto in base ai criteri di competenza specifica, alle mediazioni già svolte, oltre ad essere valutate possibili incompatibilità col caso (conoscenza delle parti, conflitti d'interesse ecc.). Segue la comunicazione scritta da parte del Coordinatore al Giudice di Pace inviante, della designazione del Responsabile, cui il Giudice farà riferimento per quanto concerne la mediazione in oggetto. A questo punto il Responsabile del fascicolo avvisa le parti, mediante lettera, dell'incarico di mediazione ricevuto dal Giudice di Pace. Tale comunicazione scritta contiene anche informazioni generali inerenti al senso dell'attività di mediazione, oltre a promuovere il primo incontro, preliminare e informativo, rivolto individualmente alla parte. La comunicazione scritta anticipa una serie di contatti telefonici tra il Responsabile e le parti, al fine di individuare il giorno dell'incontro preliminare, nonché semplicemente offrire informazioni sulla mediazione.

Fissato il giorno, si giunge in questo modo ai colloqui preliminari individuali. A questi parteciperanno, oltre alla singola parte, il Responsabile del fascicolo e due mediatori, scelti discrezionalmente dal responsabile stesso. Ricordo che il colloquio preliminare si articola in due fasi. La prima è di tipo informativo, ricercandosi esclusivamente gli elementi per la ricostruzione storica della vicenda, fase alla quale partecipa anche il difensore della parte. Segue un secondo momento, che potremmo definire di tipo empatico, cui la parte è invitata ed esprimere le conseguenze psicologiche del verificarsi del reato, in generale il proprio punto di vista sulla vicenda. La composizione dell'equipe di mediazione nei due incontri varia: con la vittima parleranno, infatti, il Responsabile ed un primo mediatore, che sarà poi sostituito dal secondo mediatore nell'incontro con il reo. Il Responsabile svolge allora funzione di *fil rouge* tra i due colloqui preliminari, essendo l'unico soggetto ad avere una visione complessiva (conoscendo il punto di vista di vittima e reo) della vicenda. Ovviamente sono previsti degli incontri dell'equipe al completo, anche informali, dove verranno scambiate le informazioni rilevanti per la successiva eventuale mediazione *face-to-face*. Al termine del colloquio preliminare viene redatta una relazione nella quale si riporta il consenso delle parti a pervenire alla mediazione vera e propria, oltre a commenti e indicazioni utili per l'equipe di mediazione.

In sede d'incontro finale, infatti, la configurazione del gruppo di operatori cambierà ancora. Rimane ovviamente il Responsabile, a questi si aggiungeranno però, altri due mediatori, diversi dai colleghi che hanno partecipato ai colloqui preliminari.

Questa duplice variazione nella composizione del gruppo di mediatori, ci è stata spiegata come diretta derivazione del modello operativo umanistico (17), che prevede appunto, la "pulizia" nello sguardo e nelle analisi degli operatori. Questi in alcun modo dovranno essere condizionati dalle impressioni ricavate, ad esempio, in sede di colloquio preliminare, allorché operano invece nella fase della mediazione *face-to-face*.

Altra importante conseguenza, nella struttura della mediazione, dell'adesione al modello di Jaqueline Morineau, è il fatto che la mediazione *face-to-face*, non possa esaurirsi che in un unico incontro, salvo ipotesi del tutto eccezionali. In questo caso la scelta deriverebbe dalla volontà di evitare che con la reiterazione degli incontri, si sovrappongano e sedimentino, da parte di vittima e reo, considerazioni del tutto indipendenti alla mediazione, magari strumentali a scopi reconditi, quando invece, la prospettiva del "*qui ed ora*", alla base della prospettiva umanistica, comporta l'emersione dei nodi maggiormente problematici del conflitto, in uno spazio di tempo limitato, e l'altrettanto rapida rielaborazione degli stessi.

All'incontro di mediazione *face-to-face*, seguirà il momento transattivo-negoziale, cui potranno partecipare anche i difensori delle parti, fase finalizzata alla mera definizione delle conseguenze materiali della mediazione. Aggiungo che chiuso il fascicolo della mediazione, dopo il finale incontro transattivo, non è prevista attività di *follow-up*.

Sempre proiezione del modello umanistico di mediazione, sono poi i parametri di valutazione degli esiti della mediazione stessa. Condizione da verificarsi perché si possa parlare di esito positivo sono: l'inversione del cambio di livello comunicativo e di rapporto tra le parti, il riconoscimento della sofferenza reciproca ed in fine, la riparazione simbolica. Si tratta di criteri palesemente ispirati al modello di Jaqueline Morineau, dove a rilevare è la trasformazione delle modalità di interazione tra le parti, da competitive e distruttive a collaborative, la cui premessa è appunto, il riconoscimento dell'altra parte come soggetto sofferente, per aver subito ma anche arrecato dolore psichico o materiale. Si

cerca l'identificazione dell'altro non come avversario o nemico, ma come essere umano depositario di aspettative, esigenze comprensibili attraverso l'incontro.

Da quanto appena detto, risalta l'assenza della remissione della querela, tra i parametri dell'esito positivo. La mediazione, infatti, al contrario dell'analoga esperienza fiorentina, può concludersi positivamente anche se le parti decidono di non rimettere la querela e continuare l'iter nelle sedi ordinarie della giustizia. In questo modo si cerca di valorizzare l'autodeterminazione dei soggetti confliggenti nel decidere se trattare in mediazione, anche il discorso sulla remissione. Viene affermata in questo modo, la possibilità di coesistenza dei percorsi di mediazione e giurisdizionale, nel senso che mantenere la querela non è considerato indice di una fallita pacificazione, perché la remissione è collocata su piano sostanzialmente indipendente, essendo sufficiente, per potersi parlare di avvenuta conciliazione, del verificarsi delle condizioni sopra viste.

Gli operatori del centro hanno avuto modo di concettualizzare tale possibile convivenza, oltre che come riflesso del modello umanistico di mediazione, anche come il tentativo di modificare, nel senso di una progressiva *umanizzazione*, i percorsi di giustizia penale. Questi saranno percepiti, dopo la mediazione riuscita, non più come luoghi del dissidio, del "gioco a somma zero", ma come spazio più costruttivo, in cui affrontare questioni di ordine prevalentemente materiale, con la consapevolezza che l'altra parte non sia nemico, ma soggetto col quale si è verificato un "incidente di percorso" comunicativo e relazionale, emerso e gestito in mediazione.

Altro rilevante dato che ci sta a cuore evidenziare, è il rapporto tra Centro di mediazione e operatori della giustizia tradizionale, in specie avvocati. In relazione a questa interessante problematica, diremo subito che il Centro di mediazione di Trento non ha incontrato la diffidenza, neanche episodica, dell'Ordine degli Avvocati locale. La positiva interazione è secondo noi imputabile a diversi fattori.

Prima di tutto il fatto che il centro sia formalmente un organismo della Regione autonoma. Questo sicuramente rappresenta una difesa, seppur simbolica, rispetto ad eventuali contestazioni degli operatori giuridici tradizionali. L'immedesimazione nella struttura regionale, tra l'altro anche fisica, attribuisce al centro una certa credibilità e solennità, probabilmente rassicurante per gli avvocati. Più concretamente la Regione ha promosso incontri con rappresentanti dell'Ordine degli avvocati, nonché con i giudici di pace, al fine di chiarire lo spazio di operatività del centro, il senso e le prospettive dell'attività di mediazione.

A ciò si associa quella *strategia inclusiva*, definita proprio come prassi operativa, rispetto ai difensori delle parti. L'avvocato, infatti, è chiamato a partecipare e a svolgere un ruolo attivo, alla prima parte del colloquio preliminare. Con la stessa prospettiva, la negoziazione sugli aspetti materiali vede l'intervento dei difensori. Non bisogna dimenticare poi, che la mediazione a Trento non punta esclusivamente alla remissione della querela, intravedendosi la possibilità della continuazione dell'iter processuale standard. Il Centro di mediazione trentino pertanto, non ha dovuto fronteggiare la resistenza da parte di singoli avvocati in seguito alla consistente opera di sensibilizzazione, diversamente dall'esperienza fiorentina, dove la diffidenza iniziale (ed episodica) dei difensori si è protratta per diverso tempo, anche dopo l'inizio concreto delle attività del Centro, per poi sfumare del tutto, profilandosi l'attuale ottima interazione.

A proposito poi, dei rapporti con gli altri soggetti di giustizia di prossimità, diremo che a Trento, ancora non sono state previste reti di sinergie con le altre strutture, dislocate sul territorio e preposte alla gestione non contenziosa dei conflitti sociali, non escludendosi tuttavia la possibilità, in futuro, di collaborazioni di questo genere.

Prima di passare all'analisi delle "aree di criticità" dell'attività di mediazione a Trento, voglio ricordare, seppur *en passant*, che la maggior parte dei reati mediabili, concerne microconflittualità da vicinato, nelle forme giuridiche d'ingiurie e lesioni, e conflittualità intrafamiliare, che si mostra particolarmente difficile da gestire.

Dicevo delle aree di criticità. È agevolmente comprensibile, quasi "fisiologico", che strutture come un centro di mediazione penale, innovative nella prospettiva di lavoro e negli obiettivi, prive di esperienza consolidata nelle prassi, strutture la cui attività si configura visibilmente come *work in progress*, come sperimentazione, debbano affrontare tutta una serie di difficoltà giornaliere estremamente concrete.

In relazione a questo delicato tema, a lungo mi sono soffermato con gli operatori. Ci sono state evidenziate in proposito due tipologie di difficoltà. Al primo gruppo afferiscono ostacoli che potremmo

definire legati in generale all'attività di mediazione, quasi strutturali, prescindendo dall'ambiente spaziale e sociale di riferimento. Mi riferisco ad esempio, alla natura terribilmente intricata e specificissima delle vicende da mediare, l'esistenza di eventi pregressi nel tempo, anche di molto, che rendono l'attività di mediazione alquanto impegnativa. A ciò bisogna aggiungere la difficoltà del mediatore a rispondere all'istante e dominare disagi emotivi propri, oltre che delle parti.

Alle aree di criticità "strutturali" nell'attività di mediazione, aggiungo quelle strettamente legate al contesto organizzativo e sociale trentino.

Trattandosi di un gruppo di lavoro eterogeneo a livello di competenze e costruito "in laboratorio", ci è stato detto ad esempio, di inevitabili difficoltà di coordinamento, o nel dare un indirizzo unitario all'attività del centro, cui in parte sopperisce la rigidità del modello teorico, in parte un *surplus* di lavoro della coordinatrice, dott.sa Cristina Corsi. La possibile soluzione a questo tipo di problema, è stata individuata nella definizione di procedure di selezione dei mediatori più accurate, nel senso di finalizzate alla creazione di un gruppo omogeneo, non solo perché legato ad uno stesso modello teorico, ma anche perché composto da operatori provenienti da aree di competenza meglio assimilabili. Altra esigenza emersa sarebbe poi, la previsione di un'attività continuativa e maggiormente strutturata di formazione.

Vengo alla questione dell'adesione "forte" al modello teorico di Jaqueline Morineau. Dalla narrazione delle prassi operative del centro, emerge chiaramente quanto, contenuti e forma dell'attività mediazione, siano pervicacemente ancorati al modello umanistico della Morineau. Tale forte riferimento appare senz'altro funzionale ad indicare ad un gruppo giovane ed eterogeneo, un indirizzo chiaro e unitario nello svolgimento dell'attività di mediazione. Appare altrettanto chiaro il limite dell'adesione forse rigorosa, al modello. Della rigidità, infatti, si potrebbe risultare in qualche modo "prigionieri", magari arrivando a perdere di vista la specificità dei soggetti in conflitto, perché protesi ad applicare rigidamente quel modello.

Ovviamente tale effetto collaterale si verificherà maggiormente nel caso di operatori che per provenienza culturale, competenze o altre questioni contingenti, non riescano a declinare il modello, generale ed astratto, alla propria esperienza sul campo, accedendo ad un inevitabile misconoscimento delle situazioni concrete e irripetibili che si troverà ad affrontare in mediazione. Si tratta in sintesi, della dialettica antica tra flessibilità e rigidità di approccio ai modelli teorici: bisogna scegliere tra le sicurezze offerte dal riferimento "forte" a quel certo paradigma, certezze tendenti però, ad opprimere e appiattare la creatività dei singoli, oppure preferire la minore o più flessibile caratterizzazione teorica, al fine di adattarsi senza risposte preconfezionate alla realtà sempre mutevole, strategia che tuttavia, dà adito a soggettivismi e un po' troppa anarchia. In tutto ciò la bravura dell'operatore che dovrà saper mediare, è il caso di dire, tra la teoria e la prassi. A Trento, quello della rigidità del modello è una questione tanto presente agli operatori, quanto percepita come gestibile. Se si considera, infatti, il progressivo "consolidamento interno" del centro attraverso l'accumulazione di esperienza, oltre che alla sensibilità e competenza dei mediatori, non si può non convenire sul fatto che nel breve periodo si possa agevolmente procedere alla definizione ed implementazione di prassi più flessibili. A riprova di questa tendenza, gli operatori del centro ci hanno parlato ad esempio, di una recente e graduale attenzione al tema della remissione della querela come parametro dell'esito positivo della mediazione, stante tutto il discorso fatto in precedenza su quest'argomento.

Un ultimo dato circa le aree di criticità della mediazione trentina, lo rilevo lanciando un rapido sguardo sulla realtà sociale sulla quale opera il centro.

I mediatori mi hanno fatto notare prima di tutto, le differenze tra l'attività di mediazione cui sono coinvolti cittadini di Trento rispetto alla mediazione di conflitti inerenti cittadini dei paesi limitrofi. È emersa ad esempio, una diversa percezione della figura del mediatore. Se, infatti, in città questi appare a tutti gli effetti, una figura professionale istituzionale, anche se nuova, per i membri delle *comunità alpine*, dove sopravvivono forti tradizioni e il senso d'appartenenza è radicato, il mediatore è "analogizzato" al cosiddetto *sensale*, vera agenzia comunitaria di gestione della conflittualità sociale, il saggio del villaggio, che per attitudini ed esperienza veniva legittimato a comporre le liti tra paesani, prescindendo dalle strutture giurisdizionali. I conflitti quotidiani erano demandati a questo soggetto, di cui il mediatore sembra raccogliere la pesante eredità. Per il processo non c'era quasi mai spazio, vedendosi in quest'ultimo una specie di "realtà" stigmatizzante. Antropologicamente interessante sapere che ai membri delle comunità alpine, spesso anziani coinvolti in microconflittualità di vicinato, spiazzava

trovarsi di fronte come moderno sensale, un soggetto che mancava di un requisito tipico per quella figura: l'anzianità. Tuttavia questo "effetto di spiazzamento" è venuto meno con il rapido circolare nei paesi trentini, delle caratteristiche dell'attività di mediazione, mentre permangono altri concreti disagi nell'interazione con le stesse comunità. In quest'affascinante realtà socio-culturale, il conflitto ad esempio, è vissuto come vergogna, si tenta normalmente l'*evitamento* (18), che rende il conflitto latente, fin quando le acridità represses nel tempo, trasformano il conflitto in un dissidio a volte esplosivo. Rilevano infine le resistenti barriere comunicative tra mediatori e *nativi* delle comunità alpine, dovute al fatto che in quelle realtà, si siano sviluppati codici comportamentali specifici e rigorosi, spesso difficili da comprendere per i non autoctoni. A questi codici i mediatori prestano da tempo, particolare attenzione e anche sfruttando l'analogia col sensale, stanno tentando una progressiva "decodificazione".

L'impressione che ho derivato dall'analisi delle prassi operative del Centro di mediazione penale di Trento, è che si tratti di una struttura potenzialmente in grado di dare piena applicazione alle previsioni del legislatore nazionale e comunitario in materia di gestione alternativa dei conflitti. La Regione autonoma mette a disposizione strutture e risorse, i mediatori svolgono un'attività di *training* articolata, per alcuni c'è poi la passione nello svolgimento dell'attività, l'organizzazione ci è sembrata encomiabile, e i circa settanta casi di mediazione conclusa positivamente sui centoquaranta trattati ci sembrano un'eccellente riprova di tale funzionalità. Aspetti più problematici appaiono invece, il rapporto con il modello teorico, l'eterogeneità forse eccessiva del gruppo di lavoro, le fisiologiche difficoltà nell'interazione con la comunità, ostacoli questi, che ritengo tuttavia superabili con il tempo e l'esperienza. Egualmente, sotto il profilo degli orizzonti di senso della mediazione, posso dire che questa tecnica operativa di *restoration* sia percepita prevalentemente come spazio di ascolto e dialogo, come strumento alternativo alla forza, come dispositivo di prevenzione di conflitti esplosivi, trovando affermazione nell'esperienza trentina, il più maturo e sensibile orientamento teorico in materia.

3.3 La mediazione penale presso il Giudice di Pace di Milano

L'ultimo Centro di mediazione penale con gli operatori (19) del quale ho avuto modo di parlare, è stato quello attivo nella città di Milano.

Il Centro di mediazione penale di Milano viene formalmente attivato nel Febbraio 2003, in conformità ad un accordo di collaborazione siglato tra l'Ufficio del Giudice di Pace di Milano e l'Assessorato alla Sicurezza Urbana. Promotore della costituzione del centro, è un'associazione, il *Centro italiano per la promozione della mediazione sociale e penale*. L'attuale gruppo di mediatori penali, con qualche piccola modifica nella loro composizione, già a partire dal 1990 lavora nell'ambito della mediazione sociale, attività egualmente promossa da associazioni, questa volta operative prevalentemente nella periferia milanese e dal Comune di Milano, nell'ambito di un progetto sulla prevenzione del disagio degli adolescenti a rischio.

Il centro di mediazione penale, ubicato in Via Paulucci Di Calboli Fulcieri, 1, è aperto al pubblico i giorni di Lunedì, Mercoledì, Venerdì, dalle ore 16.00 alle ore 19.00, Martedì, Giovedì, Sabato dalle 9.30 alle 12.30. Nel centro prestano servizio nove mediatori, provenienti da ambiti culturali omogenei (criminologico, penitenziario, penalistico), con formazione alla mediazione di tipo umanistico, integrata da elementi del modello conciliativo-negoziabile. Ricordo in più, che alcuni degli operatori milanesi sono stati formati direttamente al Centro di mediazione e formazione alla mediazione di Jaqueline Morineau, a Parigi. Il Centro di mediazione penale di Milano collabora con il Servizio d'assistenza alle vittime, ospitato nello stesso edificio, che offre alle vittime di reato un supporto di tipo psicologico e legale.

Per quanto concerne le prassi operative del Centro, parto dall'esaminare le fasi formali di gestione del caso da mediare. Primo momento è, l'invio del caso da parte del Giudice di Pace, al Centro, in conformità all'art. 29 co. 4 ex D.lgs 274/2000. Dal fascicolo non risultano che informazioni minime circa lo specifico caso, vale a dire, i nominativi delle parti e dei difensori con rispettivi recapiti telefonici, mancando dunque, qualsiasi indicazione concernente il merito della vicenda. Particolarmente interessante notare il fatto che il Centro abbia, ormai da tempo, definito con le Forze di Polizia, una collaborazione circa la trasmissione dei casi. Prima ancora della querela, infatti, la polizia, percependo la possibilità di una mediazione in relazione ad uno specifico conflitto cui è chiamata ad intervenire, magari svolgendo attività di conciliazione ex art. 1 del T.U. sulla Pubblica Sicurezza, segnala quel conflitto al Centro, che in questo modo viene attivato. Aggiungo che a volte sono i Comuni

dell'*interland* milanese, ad inviare al Centro casi da mediare, emergendo tutta la potenzialità preventiva e la dimensione di "prossimità" della mediazione penale.

Alla sospensione del procedimento e all'invio del caso al Centro, da parte del Giudice di Pace, segue la fase dei contatti telefonici tra mediatori, parti e avvocati delle stesse. Da rilevare che questi ultimi vengono informati della sospensione del procedimento e del suo deferimento al Centro di mediazione, esclusivamente per via telefonica e non per lettera scritta come accadeva per le altre due esperienze. In più, e anche questo è un dato singolare, spesso capita che siano le stesse parti a contattare il Centro, perché informate della nuova situazione, dal Giudice di Pace. In questo modo si passa ai colloqui preliminari individuali, cui partecipano oltre alla singola parte, due mediatori, dei quali almeno uno assisterà all'incontro anche con l'altra parte, mentre non è prevista la presenza dei difensori. Negli incontri preliminari si cerca di ricostruire storicamente la vicenda di conflitto, in seguito viene sondata la disponibilità di vittima e reo a pervenire all'incontro di mediazione *face-to-face*. Da sottolineare che, al contrario della prassi sviluppata negli altri centri esaminati, la partecipazione delle parti non è formalizzata con la sottoscrizione di alcun modulo di presenza.

Per quanto concerne l'ultima fase sostanziale dell'attività del Centro, ricordo che è previsto anche più di un incontro di mediazione, a seconda delle esigenze specifiche delle parti.

A termine dell'incontro *face-to-face*, nel quale a volte sono trattati anche gli aspetti materiali e negoziali del conflitto, è redatto il verbale di mediazione, nel quale è riportato al Giudice di Pace, l'esito dell'incontro finale, in maniera alquanto sintetica. Ci è stato riferito tuttavia, di come i Giudici tendano normalmente a chiedere notizie più dettagliate riguardo all'esito della mediazione, invito altrettanto regolarmente declinato dagli operatori, in conformità alle previsioni del legislatore Europeo in materia. I parametri di valutazione dell'esito dell'incontro finale, sono quelli tipicamente contemplati dal modello umanistico di mediazione: facilitazione e cambio di prospettiva nella comunicazione tra soggetti in conflitto, riconoscimento della sofferenza reciproca, riparazione simbolica. Come per l'esperienza fiorentina e al contrario di Trento, gli operatori milanesi considerano una mediazione riuscita solo nel caso in cui si giunga alla remissione della querela, vista come suggello della ricorrenza dei parametri "umanistici". Tale considerazione, deriva in parte dalla specifica prospettiva di lavoro dell'equipe di mediazione, in parte dalla convenzione siglata tra il Centro e il Giudice di Pace, che prevede esplicitamente la remissione di querela come indice formale di avvenuta conciliazione, pena il proseguimento dell'iter giurisdizionale.

Dopo la chiusura del fascicolo non è prevista attività di *follow-up*, ovvero di monitoraggio successivo degli esiti della mediazione, mentre solo informalmente viene sondato il livello di soddisfazione delle parti e degli operatori, normalmente molto alto, circa quello specifico caso gestito.

Vengo ora, al delicato tema dell'interazione tra Centro e tradizionali agenti del diritto. Gli operatori del Centro hanno indicato il rapporto con l'Ordine degli avvocati come relativamente problematico. Seppur senza verificarsi conflitti aperti e plateali, emerge costantemente la forte diffidenza dei difensori ad accettare l'esistenza della mediazione, diffidenza che spesso si trasforma in pressioni indirette sui Giudici di Pace a non operare il rinvio del caso al Centro. Probabilmente tale difficoltà, è, almeno in parte, imputabile all'assenza di una preliminare attività di sensibilizzazione verso gli avvocati, circa il rapporto mediazione-processo, nonché al senso generale dell'attività di mediazione. A ciò si aggiunge il fatto che per i difensori delle parti, non ci sia spazio, neanche sotto il profilo negoziale, nella gestione del conflitto.

Altro livello dell'attività mediatrice da considerare, è quello degli orizzonti di senso, di come cioè, nel determinato contesto lavorativo in analisi, la mediazione venga a ricoprirsi di significati ulteriori e specifici. Mi sembra che la mediazione nell'esperienza milanese, proprio come a Firenze e Trento, non sia avvertita come attività di terapia, di presa in carico dei soggetti in conflitto, stanti i possibili, incidentali effetti terapeutici della pratica stessa. L'idea di fondo è che la mediazione sia invece, uno spazio e un tempo di "anatomizzazione" dei nodi problematici di una relazione intersoggettiva che, per eventi contingenti, è andata deteriorandosi, fino alla cessione della sua gestione agli "specialisti senza cuore" del processo giurisdizionale. L'attività del mediatore è poi concepita come tipicamente non-direttiva, il mediatore non dà consigli, non giudica, non interpreta ma si limita a svolgere un lavoro di *software* della comunicazione, agevolando il confronto, sintetizzando i punti di vista, assistendo le parti nell'elaborazione costruttiva del conflitto, nell'esplorazione creativa dei suoi lati reconditi e profondi.

Connessa strettamente a questa prospettiva è la convinzione, rilevata presso gli operatori milanesi, che le categorie di vittima e reo altro non siano che cristallizzazioni giuridiche di posizioni in un rapporto intersoggettivo, ben più complesso di quello che superficialmente appare. Non esiste, infatti, questa rigida contrapposizione tra vittima e reo, spesso la differenza la fa la celerità nel querelare, profilandosi, una certa "mobilità" tra le posizioni delle parti (il reo potrebbe essere vittima e viceversa). Le etichette giuridiche, che accompagnano, e spesso stigmatizzano i soggetti in conflitto durante l'iter processuale, rappresentano una vera semplificazione cognitiva (oltre che terminologia distortiva) di una relazione, come dicevamo, quasi mai lineare, quella di vicinato, familiare ecc., il cui deterioramento precede e in qualche modo soggiace al reato. La mediazione, al contrario del percorso giurisdizionale, mira all'approfondimento di quel rapporto, alla comprensione delle molteplici implicazioni emotive e simboliche del conflitto, superando l'angusto orizzonte dei ruoli fissi della "commedia processuale", mai corrispondenti alla irripetibile e specifica realtà della disputa. Secondo questa prospettiva si cerca la elaborazione del conflitto, prescindendo dunque, dalle categorie preconfezionate.

Prima di passare alle considerazioni conclusive circa la mediazione penale nel contesto milanese, intendo svolgere qualche osservazione in relazione al tema della specifica conflittualità sulla quale opera il Centro. Dirò allora, che il primato circa i reati maggiormente mediati, tra i circa quaranta complessivi di cui l'80% positivamente conclusi, è conteso tra l'ingiuria, le percosse e le lesioni lievissime, legate a conflittualità di vicinato, familiare e automobilistica.

In verità si rivela necessario un ulteriore approfondimento sugli ambiti di conflittualità cui afferiscono quegli specifici reati. Due in particolare i dati che voglio porre in risalto. Prima di tutto c'è stato riferito del carattere interetnico di diverse dispute composte. Una città come Milano presenta, infatti, tipologie di conflitto che vedono coinvolti soggetti italiani e stranieri, ma anche esclusivamente stranieri, contrasti caratterizzati da innumerevoli difficoltà nella loro gestione, data la "differenza" culturale della quale sono portatrici le parti. Altro rilievo interessante è quello che concerne la microconflittualità da vicinato. Gli operatori ci hanno informato del fatto che molti dei vicini di casa in conflitto, dimorano nelle abitazioni dell'*ALER*, la società che a Milano gestisce le case popolari. Le mura estremamente sottili di questi edifici, e dunque il fatto che i rumori s'intendano da un appartamento all'altro agevolmente, sembrano spesso essere, se non alla base del conflitto, quantomeno il contesto ecologico che lo amplifica.

Dall'esame delle prassi operative del Centro di mediazione penale di Milano, ho tratto numerose e rilevanti indicazioni, circa un'ulteriore prospettiva di mediazione. Come per le esperienze di Trento, il modello culturale di riferimento è quello umanistico di Jacqueline Morineau. Appare chiaro tuttavia quanto il rapporto con tale schema sia di continuo dialogo, un "sestante" che orienta l'attività del Centro, soprattutto a livello dei contenuti della mediazione, meno nella struttura della stessa (più di un incontro di mediazione, possibilità di discutere su aspetti negoziali, necessità di remissione della querela ecc). L'elasticità nell'utilizzo del modello, costantemente declinato alle esigenze dei soggetti confliggenti, ritengo possa essere conseguenza diretta della grande esperienza accumulata negli anni dagli operatori milanesi. Questo gruppo, opera nell'ambito della mediazione dei conflitti, prima sociale poi penale, da più di dieci anni, caratterizzandosi come l'équipe maggiormente consolidata, tra quelle esaminate, sotto il profilo dell'esperienza, della conoscenza reciproca, delle tecniche di lavoro.

Ultimo dato da evidenziare, è la singolare sinergia creatasi tra il Centro e le forze di Polizia, circa la segnalazione di conflitti sociali da mediare.

Come già detto, la Polizia, in taluni casi, contatta e richiede direttamente l'intervento del Centro a proposito di dispute di carattere non particolarmente "intenso" e soprattutto non integranti (almeno per il momento) gli estremi di una fattispecie penale, in assenza, altresì, di querela. Il senso e il valore di questa collaborazione sono abbastanza chiari, venendo data piena applicazione alla virtualità preventiva e alla dimensione di "prossimità" della mediazione. È possibile appunto, in base a quella collaborazione, procedere al tentativo di dispersione dei fattori critici di degenerazione del conflitto, direzione nella quale opera anche la mediazione successiva a querela, rendendo tuttavia tale intervento ancora più efficace. Viene, infatti, anticipata "sul campo", la radicalizzazione del conflitto nella quale normalmente consiste l'accesso alla giustizia processuale (e dunque la giuridicizzazione della disputa) con il suo corollario di azzeramento della comunicazione interpersonale.

Concludo, dicendo che nell'ipotesi di casi inoltrati dalle forze di Polizia, l'esito della mediazione è valutato esclusivamente in base ai parametri umanistici, per il semplice fatto che manca la querela, la cui remissione è condizione principale per potersi parlare di mediazione riuscita.

Note

1. G. Bateson, *Verso un'ecologia della mente*, Adelphi, Milano, 1976.
2. J. G. Belley, *L'Etat et la regulation juridique des sociétés globales. Pour une problematique du pluralisme juridique*, in "Sociologie et Sociétés", XVIII, 1, p. 17 ss., 1986.
3. P. Bonafè-Shmitt, *Le boutique de droit: L'autre mediation*, in "Archives de Politique Criminelle", 14, p. 30 ss., 1992.
4. B. Faedda, *Incontri culturali tra mediazione e conflitto*, in "Diritto & Diritti", 2001.
5. S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, cit; cfr. D. H. Ford, R.M. Lerner, *Teoria dei sistemi evolutivi*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1995.
6. Tutti gli atti nazionali e sopranazionali di seguito analizzati sono consultabili, rispettivamente, sui siti del Ministero della Giustizia, di Restorative Justice e delle Nazioni Unite.
7. Cfr. Relazione di accompagnamento al D.lgs 274/2000, par. 10.1.
8. C. Sotis, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in G. Mannozi (a cura di), *Mediazione e Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
9. G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale*, cit.
10. Per un'analisi approfondita sulle modalità operative di ricerca sociologica "sul campo", in stile etnografico, rimando, a titolo puramente informativo, ad A. Dal Lago, R. De Biasi (a cura di), *Un certo sguardo, introduzione all'etnografia sociale*, Laterza, Roma-Bari 2002; J. Clifford, G. E. Marcus, *Scrivere le culture. Poetiche e politiche in etnografia*, Maltemi, Roma, 2005; G. Gobo, *Descrivere il mondo. Teoria e pratica del metodo etnografico in sociologia*, Carocci, Roma, 2001.
11. Ringrazio, per essersi prestate con pazienza a rispondere alle mie domande, l'avv. Valentina Adduci, coordinatrice, e la dott.sa Paola Sanchez-Moreno, mediatrice.
12. L. Lombardi Vallauri, Introduzione generale al Convegno su *Le professioni giuridiche come vacanze*, in *Le professioni giuridiche come vocazioni*, Atti del convegno di Firenze, in *Iustitia*, 1990, 10 ss.
13. L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, Tr. it. Einaudi, 1967.
14. J. L. Austin, *How to do Things With Words*, London, Oxford University Press, 1955.
15. S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, cit.
16. Ringrazio per le esaustive informazioni datemi, la dott.sa Cristina Corsi, coordinatrice dei mediatori trentini, e il dott. Mauro Cereghini, mediatore.
17. Vedere J., Morineau, *Lo spirito della mediazione*, FrancoAngeli, Milano, 2000.
18. S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, cit.
19. Il paragrafo che qui propongo consiste della rielaborazione di un'intervista svolta con la dott.sa Francesca Garbarino, mediatrice milanese, cui va il mio personale ringraziamento per avermi ricevuto e aver risposto alle mie domande.

Capitolo 5

Profili critici

Premessa

Chi lotta con i mostri deve guardarsi dal non diventare con ciò un mostro. E se guarderai a lungo in un abisso, anche l'abisso guarderà in te (1)F. W. Nietzsche

Quest'ultimo capitolo, è dedicato ad un tentativo di riconsiderazione "critica" della Giustizia riparativa e della mediazione penale, del loro *background* teorico, degli aspetti strutturali e delle implicazioni empiriche del paradigma in discussione e delle sue svariate applicazioni. Più analiticamente, il mio obiettivo è la problematizzazione dei *significati sociali* (2) delle istituzioni e dei processi della Giustizia riparativa.

Tenterò di descrivere tali profili critici, distinguendo tra quelli del paradigma riparativo e quelli propriamente imputabili alla pratica della mediazione penale. In particolare, ritengo che le criticità del *restorative paradigm* possano essere riconducibili essenzialmente al paradossale fenomeno di assimilazione della logica riparativa alla logica invasiva e manipolatoria del diritto penale: penso ad alcune questioni generali come l'emergere delle potenzialità degenerative dell'informalità e flessibilità, rilevate ormai da diversi studi, piuttosto che all'effetto collaterale della neutralizzazione del conflitto e dell'espansione del controllo sociale proprio per mezzo della diffusione delle pratiche "riparative". Per quanto attiene alla mediazione penale, i nodi problematici appaiono legati agli effetti dell'eccessivo orientamento alla vittima, il *net widening effect*, infine la paventata legittimazione del diritto penale simbolico attraverso il funzionamento e la diffusione della pratica mediatrice.

1. L'inglobamento della giustizia riparativa nella giustizia penale

Conviene preliminarmente interrogarsi sul "perché" - sulla ragione strutturale - di questo possibile processo di "recupero" da parte del sistema della giustizia formale-penale, della realtà della Giustizia riparativa, nelle sue diverse varianti operative, realtà originariamente sviluppatasi all'esterno, oltre i confini della legalità formale, secondo criteri di razionalità e con espressioni fenomenologicamente distinte dalla giustizia penale (3). Un'interpretazione possibile potrebbe essere quella secondo la quale, l'esperienza esterna viene inclusa come risorsa utile per un processo di *razionalizzazione sistemica* (4), nel senso che l'esperienza della *restorative justice*, 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 Riparazione.

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 (5), 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 (6), ed infine l'inclusione di pratiche riparative nel sistema della giustizia penale è stato ritenuto capace di favorire (paradossalmente se consideriamo le premesse del nostro discorso) 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 (7).

Se la ragione forte di questo processo di inclusione entro i confini della legalità formale di quanto all'esterno di questi "naturalmente" si era determinato sembra rispondere a necessità strutturali che

possiamo convenzionalmente definire di "*egemonia*" (8), 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. Inclusione della Giustizia riparativa nel dispositivo penalistico, significherebbe evidentemente, espandere il controllo formale statale. L'informalismo della Riparazione in specie, permetterebbe quell'espansione riducendo e dissimulando la coercizione che al contempo stimola resistenza e giustifica la domanda di protezione formale.

La coercizione è dissimulata nell'informalità del processo riparativo: nel suo linguaggio, nel *setting*, negli strumenti operativi ecc. L'indice formale dell'espansione del controllo statale potrebbe essere considerato il fatto che istituzioni informali virtualmente non "licenziano" mai un caso: ogni richiesta anche futura merita aiuto nelle forme discutibili, di una presa in carico permanente. La creazione delle istituzioni di Giustizia riparativa poi, sempre nell'ottica dell'espansione dell'azione di controllo del Leviatano, aumenterebbe il *quantum* delle risorse statali deputate al controllo sociale. La Giustizia riparativa, prima di tutto non deve rispettare i pesanti oneri procedurali formali del controllo sociale formale, che assolvono una funzione garantista nei confronti dei "controllati". Le istituzioni informali agevolerebbero poi, la capacità di definizione delle corti, permettendo a queste di attirare sempre nuove domande. L'istituzione informale può essere vista, quindi, come tentativo di espansione del controllo statale ad importanti sfere di interazione sociale, mediante un subdolo processo di dissimulazione delle forme, processo i cui esiti sarebbero paradossali rispetto alla concettualizzazione della Riparazione come reazione della *Lebenswelt* alla colonizzazione giuridica.

Come ha scritto Richard Abel, campione tra gli "accusatori" delle pratiche di *restoration*:

"The paradigm for contemporary expansion of state informal control is neighborhood justice, for the concept of neighborhood simultaneously fulfills a number of different requirements. It satisfies nostalgia for a mythical past, whether imagined as a small town or an urban ethnic enclave that symbolizes homogeneity, and thus security in a society whose normative and social conflicts are extremely threatening. It locates institutions of social control in residential settings that appear to be as remote as possible from the state, an appearance that is enhanced by the language and forms of decentralization, which conceal the extent of state direction" (9).

Le istituzioni di giustizia informale non de-formalizzano dunque, il controllo statale piuttosto, pregiudicano le modalità extrastatali di controllo informale, con effetti socialmente destrutturanti. La giustizia informale perfeziona il monopolio della violenza attivando e disciplinando forme di violenza in precedenza trascurate, estendendo un controllo meno coercitivo ma più pervasivo, espropriando in maniera meno visibile ma comunque concreta il conflitto alle parti, riducendo anche la partecipazione dei cittadini alla gestione delle dispute, minimizzando la partecipazione democratica.

La giustizia informale poi è stata accusata, contestualmente ad essere veicolo di espansione di controllo sociale statale, anche di essere fattore di *neutralizzazione del conflitto*, inteso in senso macro come possibile minaccia alla stabilità dei rapporti di potere di stato e struttura sociale.

La giustizia informale neutralizza il conflitto rispondendo alle varie istanze di intervento, tamponando localmente, assecondando il micro-conflitto in modo da inibire la trasformazione delle stesse dinamiche micro-conflittuali in serie sfide alla struttura sociale. Considerando il conflitto non attinente alla struttura sociale ma legato alla comunicazione ecologicamente radicata, la tecnologia riparativa individualizza i rapporti di opposizione, negandone ogni collegamento con le contraddizioni di base della struttura sociale, assorbendo in ultima istanza il potenziale distruttivo, ma anche rigenerativo, del conflitto sociale. Il proliferare della giustizia informale porta con sé il rischio di aderire ad una funzione regolatrice orientata alla produzione di adeguamenti, potrebbe addirittura essere riassorbita dal progetto biopolitico di plasmare e incanalare la moltitudine dei desideri senza controllo, cercando di modificare il carattere delle parti il cui comportamento è percepito come deviante, intervenendo sul conflitto prima della sua escalation, prima della violazione della legge, in taluni casi anche quando il conflitto non c'è.

L'effetto di inglobamento può anche essere concettualizzato, come suggerito da autorevole dottrina, come *net widening effect* (10). Per *net widening effect* può intendersi:

"Within critical criminology this term is used to describe the effects of providing alternatives to incarceration or diversion programs to direct offenders away from court. While all of

these programs developed since the late 1960's were intended to reduce the numbers of offenders in prison or reduce the numbers going to court, it has been found that what has happened instead is that the total numbers of offenders under the control of the state have increased while the population targeted for reduction has not been reduced. In short, the net of social control has been thrown more widely" (11).

Il fenomeno in questione è stato osservato soprattutto nell'ambito dell'applicazione della tecnologia riparativa in ambito minorile:

"However, despite the promise of prevention and early intervention programs, research has shown that these policies rarely produce the expected results and more often have the opposite effect. Instead of reducing the number of youth formally processed through the juvenile justice system, these prevention and early intervention policies actually subject more youths to formal justice system intervention. Criminologists refer to this phenomenon as "net widening" and it is a growing trend. The implications of net widening are serious because the process results in the diversion of resources from youth most in need of intervention to youths who may require no intervention. This process depletes the system's resources and impairs its ability to properly intervene with appropriate youth. Instead of improving public safety, these early intervention and prevention strategies promote net widening by shifting resources from youth most in need to youth least in need" (12).

Il *net widening* è dunque considerabile come uno dei più evidenti "fallimenti" nel funzionamento della giustizia informale e della tecnologia riparativa:

"In recent years critical concern has been focused upon diversion program accountability and has stimulated evaluation of the program's implementation efforts and results. Emerging from these evaluation efforts have been several important and alarming trends. First, and central to diversion's basic conceptual rationale, has been the documented failure of diversion programs to implement appropriate client targeting upon system-insertable clients. This failure has resulted in what is referred to as "net-widening" -namely, extending the client reach of the justice system by increasing the overall proportion to population (system-insertable and "others") subject to some form of system control. Second, diversion's net-widening has been shown to have the potential to produce a number of consequences detrimental to clients. Third, and a more subtle issue underlying the net-widening findings, is the question of how the general population may come to accept state intrusions as a matter of common course" (13).

Probabilmente un limite generale che è possibile cogliere in quelle notazioni critiche, può essere considerata l'iscrizione della Riparazione sempre e comunque nella logica del paradigma di giustizia penale, alla stregua della retribuzione e della rieducazione, operazione che porta a concettualizzare la tecnologia riparatoria, nelle sue plurime espressioni fenomenologiche, come complesso di tecniche di mera *diversion* processuale, perciò sempre e comunque una risposta appartenente al controllo formale.

Ma la Riparazione è ontologicamente diversa da ogni altro strumento presente nella scatola degli attrezzi del sistema penale, giacché lavora unicamente attraverso la comunicazione e attinge ad un concetto di responsabilità non "retro riflesso" (14).

Ma su queste considerazioni tornerò in esito al capitolo.

1.1 Anomalie dell'informalismo

Continuando nell'ideale rassegna delle problematizzazioni del significato sociale della Giustizia riparativa, svolta per il momento ad elevato livello di astrazione, è possibile prendere in considerazione i limiti di una delle principali caratteristiche strutturali della Riparazione: l'informalità. Come è stato sostenuto, soprattutto negli Stati Uniti, con l'ascesa della Riparazione al formalismo delle istituzioni giudiziarie rimasto inalterato, si affianca una complessa rete di regolazioni para-legali che complica ulteriormente invece che semplificare il sistema esistente.

Si lamenta la poca chiarezza su quale possa essere il modo migliore di organizzare le strutture di gestione informale dei conflitti; su quali tipi di provvedimenti queste possano adottare e su quali casi possano intervenire; su quale sia il tipo di preparazione richiesta per farne parte e in generale, sulle

procedure ad utilizzare e sulla legittimità rispetto all'ordinamento delle soluzioni adottate (15).

Specialmente negli Stati Uniti la proliferazione capillare di istituzioni locali capaci di invadere pesantemente la *privacy* individuali e facenti capo ad una burocrazia sostanzialmente incontrollabile, non poteva non alimentare il timore dell'avvento di una società totalmente amministrata da un paternalismo parastatale. Per molti critici l'informalismo e la sua retorica non sarebbero stati altro che un paravento dietro al quale realizzare il vero scopo di ampliamento della rete di controllo sociale. Le procedure legali-formali limitano la necessità dell'intervento diretto dello Stato- se certi comportamenti specificamente sono vietati perché illegali, tutti gli altri sono permessi perché legali. La legge formale inoltre limita i modi in cui lo Stato può intervenire - la coercizione esplicita richiede la garanzia di un giusto processo. Dall'altro le stesse istituzioni dell'informalismo rappresentano una modifica dell'intervento dello Stato in direzione di un paternalismo impegnato, una negazione della coazione che implica l'offerta di un aiuto, una "redistribuzione" delle risorse legali, una forma di neutralizzazione del conflitto che si presenta, paradossalmente, come un modo nuovo e migliore di esprimerlo.

All'opposto la legge formale è meno accessibile, è difficile da mobilitare, è meno tollerante verso le scusanti avanzate dall'autore del torto, che si trova a dipendere dalla gestione paternalistica, informale e priva di garanzie del conflitto, da parte della *restorative expertise*. Si assiste ad una erosione dei diritti formali, conseguenza inevitabile della progressiva intrusione dello Stato nell'area dell'autonomia personale: l'individuo deve convincersi che i suoi problemi troveranno soluzione nella misura in cui si sottoporrà a un controllo continuo sulla sua esistenza (16).

Da un'altra angolazione, l'ascesa della Riparazione invece di trasformare o sovvertire l'apparato legale esistente, ne lascerebbero sostanzialmente intatte le strutture fondamentali. Anzi, lo spostamento nelle sedi informali di gran parte delle dispute minori, avrebbe consentito ai soggetti operanti nel sistema di giustizia operanti nel sistema di giustizia ufficiale di concentrarsi meglio sui casi più seri e (soprattutto economicamente) più interessanti (17). Di qui la creazione di fatto di due sistemi di giustizia paralleli, riconoscibili in base alla casistica trattata, al tipo di clientela e alla gamma di provvedimenti utilizzati: invece di ridurre l'ambito di intervento legale, la diffusione delle *soft justices* avrebbe prodotto la contemporanea espansione delle procedure sia formali che informali. Non la richiesta di giustizia diversa avrebbe creato le nuove istituzioni para-legali, piuttosto sarebbero state queste ultime, con la loro stessa presenza, a inventarsi la propria clientela, coinvolgendo degli individui che prima avrebbero probabilmente risolto in maniera veramente informale le loro controversie attraverso la discussione, la rinuncia o la semplice sopportazione.

Essere riuscito a formalizzare l'informale: questo il paradosso del movimento informalista.

Un ulteriore paradosso del sistema a doppio binario venutosi ad instaurare di fatto con l'ascesa della *Restorative justice* sempre negli USA, potrebbe essere considerato il fatto che nel contesto relativamente non-valutativo delle procedure informali vengano spesso presentate prove e fatte ammissioni, sufficienti per un'incriminazione: con la conseguenza che la parte non soddisfatta dei lievi provvedimenti informali, sia continuamente tentata di scavalcarla per adire il giudice ed ottenere sanzioni più intense.

Altra questione ampiamente rilevata è che le procedure della Giustizia riparativa tenderebbero naturalmente a diventare troppo informali: in situazioni emotivamente sovraccariche, la parte psicologicamente e/o economicamente più debole si potrebbe sentire privata di una tutela più formale che la possa mettere in grado di negoziare da una posizione più forte; troppo informalismo potrebbe impedire il perseguimento di una sistemazione razionale della controversia. In specie per le dispute familiari, si teme che la sottrazione delle stesse all'ambito del sistema legale ufficiale possa impedire il perseguimento dell'eguaglianza formale e sostanziale tra i soggetti del rapporto: in molti casi, l'accordo finale non appare tanto la conseguenza di un mutuo consenso, quanto il riflesso delle doti di resistenza o della vulnerabilità delle parti.

Nel passaggio all'informalismo, le differenze sociali, personali ed economiche sarebbero rimaste inalterate, con la conseguenza che la giustizia informale dietro una maschera di neutralità, si sarebbe trovata a confermare di fatto le ineguaglianze, producendo dei compromessi che inevitabilmente avrebbero favorito il più forte.

C'è poi un'altra rilevante anomalia. L'informalismo ha contribuito a rilegittimare il sistema giuridico in crisi.

La proliferazione delle alternative ha di fatto distratto l'attenzione dalle pur effettivamente esistenti, difficoltà delle procedure ufficiali di aggiudicazione, diffondendo l'impressione che le loro debolezze fossero dovute essenzialmente non a problemi strutturali, ma al semplice sovraccarico di casi marginali.

La giustizia informale sarebbe stata insomma più conservatrice che progressista, dividendo, anziché aggregando, i soggetti in base ai loro problemi. Incoraggiando infine i soggetti a farsi carico responsabilmente dei conflitti le cui origini affondano in situazioni sociali difficili e complesse, l'informalismo avrebbe indirettamente sollevato lo Stato dalle sue responsabilità di intervento su queste ultime.

Favorendo l'informalismo, lo Stato avrebbe dunque in realtà inteso prevenire le possibilità di organizzazione e di resistenza delle categorie sociali subalterne, sviluppando una forma pervasiva di controllo basata su strategie apparentemente non coercitive.

Molte forme di attività che prima sfuggivano ai parametri d'intervento formali, sarebbero divenute accessibili e direttamente manipolabili, in un contesto dove i soggetti venivano incoraggiati a rinunciare alla tutela legale dei loro diritti: la capacità dello Stato di occuparsi dei conflitti minori e interpersonali, sarebbe aumentata nella misura in cui "l'ideologia dell'informalismo costituisce il fondamento amministrativo-tecnocratico per un intervento finalizzato al mantenimento dell'ordine pubblico" (18)

2. Una ricognizione possibile delle contraddizioni della mediazione penale

Venendo alle contraddizioni della mediazione penale, come espressione della tecnologia riparativa, ritengo, per agevolare la penetrazione analitica, sia necessario distinguere tra limiti teorici e limiti pratici.

Secondo alcune interpretazioni (19), un primo, fondamentale limite della mediazione penale, è riconducibile al fatto che la "dimensione della giustizia" nella mediazione penale è ritagliata esclusivamente sugli interessi della vittima. La mediazione penale non potrebbe essere concettualizzabile, come processo relazionale in cui *partners* contraenti sulla base di autonomia privata determinano in prima persona, se giungono alla risoluzione del conflitto, quale sarà l'esito del loro incontro. Infatti, non rimane aperta la questione su chi riceverà giustizia né tanto meno, il reo designato può essere vittima, se quindi l'assegnazione di ruoli non è in discussione, la pratica riparativa è un rituale, un *cerimoniale con un risultato prestabilito* (20).

Per di più, la privatizzazione della questione della riparazione fra parti contraenti sulla base dei loro interessi, segue un modello di stimolo tipo *do ut des*, ma non sulla base e per la promozione dell'autonomia privata: è la legge che pone un premio per un determinato comportamento procedurale delle parti coinvolte e che ricambia con gratificazioni nel caso in cui le parti pervengano ad una soluzione "autonoma", nel caso contrario tiene ferma la minaccia. La mediazione tratta le parti come individui privati, disinteressandosi di tutti i soggetti possibilmente coinvolti in una violazione giuridica. La funzione di questa restrizione del campo di osservazione basata sulla "divisione del lavoro" è la *diversion*: si devia dalla discussione sulle possibilità e necessità di tutela dai rischi vitali nelle società tardomoderni, rischi che vanno oltre la minaccia e la violazione della singola vittima e che sono meno visibili, ma che contribuiscono non poco alla vittimizzazione di ampi strati della popolazione.

2.1 Pericoli dell'orientamento alla vittima

Secondo alcuni autori (21), contrariamente a ciò che fa credere la retorica giustificativa della mediazione penale, allorché questa associa l'esigenza di rivalutare e di ristabilire la soggettività della vittima nel processo penale, alla critica rivolta al diritto penale dello stato assistenziale e al suo essere orientato prevalentemente al reo, la vittima costituirebbe già da lungo tempo il punto di orientamento decisivo del diritto penale, anche se non la vittima attuale, bensì quella *potenziale*. La perdita di posizione della vittima attuale nel processo penale non è fondata sull'orientamento al reo, quanto sull'intenzione dello Stato di *de-drammatizzare* e razionalizzare il rapporto reo-vittima, sottraendo loro il diritto all'esercizio della violenza (22).

A questa situazione si affiancherebbe un paradosso, relativo al senso delle sanzioni: appellarsi alla Riparazione dal punto di vista della vittima è logico e rispecchia i suoi interessi, ma si esaurisce altrettanto logicamente in essi. L'orientamento alle vittime potenziali invece importa non la corrispondenza della riparazione ai bisogni della vittima, quanto orientare il senso della sanzione alla situazione della vittima potenziale.

Da un'altra angolazione, la mediazione si richiama alla promessa di poter rendere visibile come conflitto reale, uno schema vago e formalistico di contrapposizione reo-vittima. Infatti, la mediazione sostituisce all'astrazione giuridica, alla distinzione giuridico-formale di "reo" e "vittima", una *finzione sociologica regressiva* (23), vale a dire la costruzione di ruoli dicotomici degli attori, che, da una prospettiva individualistica, esclude la comprensione dei complessi nessi intersoggettivi e ristabilisce la dicotomia reo-vittima, questa volta però su un livello di scienze della realtà.

È vero anche che la costruzione giuridica della fattispecie deriva dall'astrazione dal contesto sociale della sua origine; vero è che anche le valutazioni soggettive delle interazioni sociali e le valutazioni della "materialità delle comunicazioni" non rappresentano punti di riferimento della concettualizzazione giuridica, e che non gioca alcun ruolo il relativo significato individuale della vittimizzazione, così come nessun ruolo gioca la rappresentazione della criminalità e della giustizia che hanno le parti. Tuttavia o proprio per questo, secondo certe analisi critiche, non è giusta la conclusione contraria, secondo la quale alle classiche interpretazioni del reato come delitto o pericolo, basterebbe aggiungere il loro contesto interattivo e considerarle così anche come accadimenti sociali traumatici, per poter far emergere il conflitto reale che si cela in ogni delitto (24).

Prigioniera della definizione giuridica di reo e vittima, la mediazione focalizza l'attenzione sulle vittime individuali, e soprattutto, sulle vittime dei classici reati di violenza interpersonale e dei reati contro la proprietà (25).

In questo modo con una vittima diretta e concreta, si conferma l'immagine tradizionale della criminalità, che produce selettività e discriminazione riguardo a gruppi di vittime e gruppi di reati. In questa rappresentazione, non vi è posto per il riconoscimento di una relazione mediatrice o addirittura per una dialettica tra reo e vittima. Il problema appare allora il passaggio dallo status di reo a quello di vittima, transizione che sembra meno praticabile del percorso inverso.

La realtà della vittimità come quella della criminalità è dovuta a processi di costruzione sociale, l'effetto dell'immagine tradizionale di reo e vittima è quello di non dover rappresentare posizioni nella struttura delle relazioni sociali, quanto piuttosto qualità degli attori.

Quest'immagine presenta il reo come malato, malvagio ecc. in ogni caso decisore forte, mentre la caratteristica fondamentale della vittima "innocente" è la sua debolezza multipla e per lo più la passività che si rivela in un'elevata capacità di sofferenza (26). Queste attribuzioni speculari, celano sia il fatto che si tratta di definizioni che presuppongono una determinata concezione della criminalità, sia il fatto che il ruolo della vittima non dipende affatto da traumi o sofferenze. Nel moderno, dopo l'istituzione del potere statale di punizione, non solo l'acquisto dello status di vittima, ma ambedue i ruoli dipendono dal retrocedere della posizione del soggetto a favore dello stato e del diritto; a favore quindi di quel terzo potente cui le parti delegano il potere di esercitare violenza.

In sintesi, il punto cieco dell'immagine tradizionale consiste nel fatto di concepire l'istituzione della vittima come *qualità* e non come *relazione* ternaria includente il terzo. Quest'ultimo costituisce l'aspetto decisivo che è offuscato dalla retorica dominante sulla vittima in generale e, in particolare, dalla mediazione come procedimento penale che, peraltro, si ritiene capace di poter trascurare questo fatto e di poter produrre esiti positivi. Il rapporto reo-vittima non è di per sé sufficiente a fondare la vittimità della criminalità. Questa si costituisce solo dal punto di vista di un terzo potente che non si identifica necessariamente con il diritto: i terzi determinano se si tratta di un reo o di una vittima, nonché la dignità della vittima che giustifica il sacrificio del reo liberando in tal modo entrambi gli attori e la comunità stessa, dalla violenza minacciosa del conflitto.

Il mantenimento dell'immagine tradizionale si rivela poi, funzionale sia per il sistema della giustizia penale che per l'industria, sempre più redditizia, della vittima.

Mentre per il reo l'abituarsi al proprio ruolo è di poca utilità e, per la vittima, in quanto mette in dubbio la sua dignità, rappresenta uno svantaggio, il mantenimento delle posizioni crea vantaggi e occasioni per altri fattori: infatti, nella protezione della vittima e nei programmi di assistenza ad essa rivolti, questa,

inerme, entra principalmente come beneficiaria delle prestazioni dello stato sociale. I programmi di compensazione si rivelano strumenti eccellenti per regolare i bisogni della vittima in conformità alle esigenze e alle prospettive del sistema della giustizia penale, e per placare, nello stesso tempo lo scontento del pubblico (27).

Al livello dell'integrazione del sistema, la funzionalità del discorso dominante sulla vittima va vista nella sua congruenza con le pratiche di gerarchizzazione della società del rischio: sono assicurate le posizioni di forza e di subordinazione esistente.

Secondo questa prospettiva critica, dal semplice fatto che, dappertutto, si fa un gran parlare della mediazione e dei presunti bisogni della vittima non si può arguire una tendenza di sviluppo in direzione di una sensibile e seria considerazione dei suoi interessi. L'orientamento alla mediazione e a influenze pedagogiche su giovani rei, sembrano rispecchiare più gli interessi di un sistema di assistenza sociale sempre più accademizzata e i deficit di legittimazione di un sistema di giustizia penale che oggi si vede posto dinnanzi a problemi sempre più stringenti di applicazione del diritto. Il continuo rimando alla percentuale di procedure mediatriche conclusesi con successo nasconde il fatto che l'azione penale è sottoposta alla pressione di un carico sempre più alto di affari da risolvere, carico di cui cerca di alleggerirsi mediante determinate strategie di composizione amministrativa. Non solo la criminalità rappresenta un fenomeno di massa, anche la giustizia penale è oggi un affare di massa, in cui la massima del funzionamento efficiente della giustizia penale si è trasformata in uno slogan contro gli imputati. Infatti, dire che la giustizia penale è un affare di massa implica non solo la routine della sospensione procedurale di fattispecie di reato da parte di una procura costretta, perchè i casi possano in assoluto essere decisi, a decidere in base agli atti.

Ciò sta ad indicare, soprattutto, il fenomeno per cui il sistema di giustizia penale, oggi, cerca un contatto sempre più stretto con quel mercato della sicurezza interna scatenato dai *media*, dai parlamenti e dai governi e sempre più si presenta come fornitore di nuovi prodotti e nuovi servizi. Entrando in concorrenza e cooperazione a livello paritario con il sistema privato di produzione di sicurezza, i suoi obiettivi non sono più rei e vittime individuali, bensì situazioni che vengono regolate alla periferia del sistema penale, da un lato mediante l'informalizzazione e dall'altro mediante accordi, patteggiamenti mediazione contratto all'interno dello stesso processo penale.

Il risultato sostanziale di questi mutamenti non è tuttavia la diminuzione delle procedure formali quanto l'autonomizzarsi delle procedure istruttorie e la rivalutazione della procura come istanza di sanzionamento.

2.2 La mediazione come strumento di oppressione sociale

Un'altra lettura critica circa la mediazione penale, rileva ed enfatizza come questa pratica si sia trasformata in un pericoloso strumento per aumentare il potere del più forte a danno del più debole. A causa dell'informalismo e del consensualismo della procedura, e al contempo per l'assenza di regole sia sostanziali che procedurali, la mediazione potrebbe amplificare lo squilibrio dei poteri e aprire la porta alla coercizione e alla manipolazione da parte del più forte nel conflitto, al tempo stesso, la posizione di neutralità solleverebbe il mediatore dal prevenire tutto ciò. Rispetto alle procedure formal-legali, la mediazione avrebbe prodotto risultati ingiusti in quanto sproporzionatamente e ingiustificatamente favorevoli alle parti più forti. Inoltre, date la sua riservatezza e informalità, essa dà ai mediatori ampi poteri strategici sul controllo della discussione, aprendo la strada all'affermarsi dei loro pregiudizi. Questi possono alterare la selezione e la forma dei problemi, il modo di strutturare e di valutare le opzioni, e molti altri elementi che influenzano la soluzione. Di conseguenza la mediazione avrebbe spesso prodotto dei risultati *ingiusti*.

Inoltre, dal momento che la mediazione gestisce le dispute senza fare riferimenti ad altri casi simili e all'interesse pubblico, essa produce una disaggregazione e una privatizzazione dei problemi sia di un gruppo sociale sia pubblici. La conseguenza è che la mediazione ha di fatto aiutato i forti a "*dividere e comandare*". Le parti più deboli vengono rese incapaci a organizzarsi e l'interesse pubblico viene sottovalutato e ignorato. In definitiva l'effetto complessivo del movimento per la mediazione sarebbe stato quello di indebolire le conquiste di giustizia sociale ottenute dai movimenti per i diritti civili, delle donne, dei consumatori ecc. e di aiutare ristabilire la posizione privilegiata delle classi sociali più forti che opprimono quelle più deboli. Questo quadro di oppressione si ritrova in molte situazioni. La

mediazione familiare indebolisce garanzie ed espone le donne ad accordi coercitivi e manipolatori che producono ingiustizie sia nei diritti di proprietà che in quelli di custodia. La mediazione tra proprietario e conduttore permette al primo di sfuggire ai suoi obblighi di provvedere al minimo di decenza abitativa per il secondo, con danni evidenti per la qualità della vita di questi. La mediazione sulle discriminazioni in ambiente di lavoro spinge le vittime ad accettare buonuscita e permette al razzismo e al sessismo di riprodursi indisturbati all'interno del mondo degli affari e delle istituzioni. Anche nei conflitti tra partners commerciali, la mediazione consente alle parti di prendere accordi a porte chiuse che possono svantaggiare i consumatori. In ogni campo, la mediazione sarebbe stata utilizzata per rafforzare il potere del più forte e aumentare lo sfruttamento e l'oppressione del più debole.

2.3 Limiti pratici della mediazione penale

Le forme applicative della Giustizia riparativa si sono diffuse in molti paesi e, parallelamente, sono state accompagnate da tutta una serie di rilievi critici. Molti hanno osservato che, fino ad oggi, i programmi di mediazione in specie, sono stati applicati prevalentemente ad autori di reato di razza bianca e appartenenti alla classe media, mentre solo raramente hanno potuto beneficiarne coloro che appartengono alle minoranze etniche. Inoltre, i criminali ammessi ad usufruirne sono per lo più giovani, non recidivi, responsabili di delitti non gravi, soprattutto contro la proprietà, pur se da qualche tempo si riscontra la tendenza a prendere in considerazione anche criminali adulti responsabili di reati di una certa rilevanza.

È difficile trovare delle buone ragioni per escludere gli autori di crimini gravi da questi programmi, in quanto il principio secondo cui tali autori devono subire una punizione trova le proprie origini nella concezione retributiva e la vendetta, quale risposta sociale alla delinquenza, anche se viene canalizzata in un contesto legale, non può costituire una valida base per una reazione "civile" da parte della società. La convinzione che la gente non accetti l'applicazione dei programmi di mediazione agli autori di reati gravi non è altro che uno stereotipo, così come è uno stereotipo l'atteggiamento punitivo della collettività. Anzi, è stato ipotizzato che più grave è il caso, più grande è il potenziale beneficio per le vittime di superare il trauma; se ciò è vero, alle vittime non dovrebbe essere negata l'opportunità di partecipare ad un programma semplicemente perché lo Stato pone un limite ai tipi di crimine previsti. Essa ha il diritto di incontrare il criminale, se lo desidera e se questi è d'accordo. La valutazione della vittima, circa la banalità o la gravità di un episodio, non necessariamente corrisponde all'ordine di gravità legalmente stabilito e, pertanto, essa deve essere lasciata libera di decidere ogni volta nel modo che ritiene più opportuno.

Quest'ultima considerazione apre un'ulteriore questione, quella relativa all'accettazione da parte delle vittime dei programmi di mediazione; infatti, è stato dimostrato che alcune, anche se in numero piuttosto limitato, si rifiutano di prendervi parte. Tutti concordano nel ritenere che alla vittima debba essere pienamente garantito il diritto di non accettare, anche perché in caso contrario la mediazione non sarebbe realizzabile. Tuttavia anche quando viene espresso un rifiuto, l'applicazione del modello "riparativo" non è del tutto esclusa, in quanto è possibile ricorrere ad altre forme che, come la compensazione ed il *community service*, non rientrano nel concetto di mediazione intesa in senso stretto.

Più complesso appare il problema del consenso del "reo": potrebbe essere ammesso, se non l'obbligo di partecipare alla mediazione (che necessita anche della collaborazione del criminale), almeno quello di eseguire un *community service*, e ciò per analogia alle condizioni previste per la probation; se venisse escluso anche il *community service*, si potrebbe considerare la possibilità di imporre un servizio simile in un ambiente residenziale. Anche per Martin Wright la partecipazione volontaria del criminale non è così "vitale" (28), in quanto non esiste ragione alcuna per cui non si possa affermare, come questione di semplice giustizia naturale, che il criminale ha l'obbligo di riparare, materialmente ed emotivamente, al danno arrecato, se si è legittimati a richiederlo.

È stato inoltre sottolineato che, nell'ottica dei principi di difesa e di sicurezza sociale, i programmi di restituzione e mediazione, in quanto svolti nella società libera, potrebbero comportare rischi eccessivi di recidiva grave. È qui sufficiente accennare al fatto che tali rischi non si differenziano da quelli presentati dalle misure alternative al carcere, come la *probation* e la *parole*.

Un'altra critica mossa all'applicazione della pratica mediatrice è la mancanza di chiarezza circa i suoi

obiettivi: a volte si enfatizza la soddisfazione dei bisogni della vittima, altre volte la rieducazione del criminale, altre volte ancora la diminuzione della popolazione carceraria e la riduzione del carico di lavoro delle corti, e così via. In particolare, qualcuno ha avanzato l'ipotesi che i progetti di mediazione, inizialmente auspicati dai movimenti in favore delle vittime, in realtà "usino", e strumentalizzino le vittime stesse, in quanto l'oggetto principale del loro interesse rimarrebbero il criminale e l'attuale sistema di giustizia.

Anche il raggiungimento dell'obiettivo di ridurre i tassi di carcerazione attraverso programmi di mediazione appare problematico: la ricerca empirica, infatti, sembra aver dimostrato che tali programmi non sono in grado di ridurre non solo i tassi di carcerazione, ma neppure l'applicazione delle misure alternative. Sembra quindi verificarsi il fenomeno, già segnalato a proposito delle misure alternative al carcere, dell'ampliamento e del rafforzamento del controllo sociale da parte dello Stato. I programmi di mediazione e restituzione, infatti, possono rendere le reti del controllo più ampie poiché, estendendosi a soggetti che altrimenti non verrebbero sottoposti ad alcuna misura, determinano l'aumento nel numero delle persone il cui comportamento è regolato e controllato dallo Stato; più forti, poiché la restituzione si aggiunge ad altre pene, intensificando così il potere di intervento dello Stato; differenti, in quanto vengono creati nuovi sistemi di controllo che non riguardano più soltanto il settore penale ma anche quello amministrativo.

È comunque verosimile che il rischio si attenui, e addirittura scompaia, quando i programmi, come quelli *community - based*, sono del tutto indipendenti dal sistema di giustizia; in tal caso, infatti, come è stato in precedenza descritto, le parti si rivolgono spontaneamente alle agenzie preposte e tentano un accordo che è al di fuori di qualsiasi contesto legale (quest'approccio è comunque inattuabile nei paesi come il nostro, dove vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale). D'altra parte, bisogna ricordare che i programmi indipendenti dal sistema di giustizia, così come pure quelli che, al di là del tipo di rapporto con tale sistema, prevedono una regolazione privata del conflitto, non sono esenti da limiti, primo fra tutti la mancanza delle garanzie offerte dal sistema penale, quale la tutela giuridica dei diritti dell'accusato.

Inoltre, se è vero che il controllo sociale formale produce effetti di etichettamento, è anche vero che stigmatizzare una persona attraverso un sistema di controllo sociale informale, può avere le stesse gravi conseguenze per la vita di quell'individuo. Anche alcuni aspetti più propriamente "pratici", quali la struttura organizzativa delle agenzie che curano i programmi (agenzie private, governative o appartenenti al sistema di giustizia), il ruolo e la formazione dei mediatori (professionisti o volontari, formati in psicologia clinica o esperti in counseling), le modalità del "processo" di mediazione (incontri faccia a faccia tra l'autore e la vittima o nessun incontro, necessità di una negoziazione preparatoria o meno, etc.), gli enti che elargiscono i fondi (sovvenzioni private o pubbliche), sono attualmente oggetto di valutazione e discussione da parte della letteratura criminologica.

3. Intersezioni critiche

È emerso in quest'ultimo capitolo, l'esistenza di un vero potenziale degenerativo delle pratiche di Riparazione: penso al fenomeno di assimilazione della logica riparativa alla logica del diritto penale, ad alcune questioni come lo sviluppo di dinamiche ingovernabili dell'informalità e flessibilità della Riparazione, piuttosto che all'effetto collaterale della neutralizzazione del conflitto e dell'espansione del controllo sociale, oppure ancora alla riconferma degli status di vittima e reo.

È possibile sostenere quanto questi diversi *vulnera* teorici e pratici, siano riconducibili alla Riparazione come concepita dalle interpretazioni "classiche" del paradigma riparativo, che vedono in quest'ultimo null'altro che un nuovo (magari postmoderno) paradigma di giustizia penale.

Tuttavia anche la concettualizzazione da me proposta, di Riparazione come reazione "entropica" della *Lebenswelt*, come tentativo di rivitalizzazione del mondo vitale, presenta limiti e contraddizioni: anche in questa prospettiva, la Riparazione detiene un potenziale degenerativo, potendo involvere in forme subdole di riproduzione dell'ordine giuridico-penale, pervenendo addirittura ad una regolazione *normalizzante* di ogni micro-conflitto.

Ricordo che la Giustizia riparativa è stata concettualizzata in questa sede, come un particolare dispositivo di interpretazione e regolazione della conflittualità sociale dichiarata, realizzante un effetto di rivitalizzazione della *Lebenswelt* atrofizzata, nelle sue potenzialità autoregolative, dall'azione

complementare di giuridificazione e giudiziizzazione sociale, fenomeni connessi alla parabola del Welfare State biopolitico.

Ebbene, anche questa lettura ha i suoi limiti. Penso ad esempio, in questa prospettiva, all'effetto possibile della Riparazione come regolazione normalizzante "dal basso" delle interazioni sociali conflittuali, effetto che potrebbe far pensare ad alcune delle caratteristiche di quella che ho definito *biopolitica post-disciplinare*. Una delle ultime acquisizioni del primo capitolo si fondava sull'affermazione che l'esaurimento della biopolitica "tradizionale" del Welfare State, consistesse nell'esaurimento della sua *componente disciplinare*, con tutte le conseguenze "strutturali e "funzionali" che questo ha comportato e comporta.

L'esaurimento delle tecniche di controllo disciplinare operative attraverso dispositivi e istituzioni, che anticipavano e rendevano possibile l'assoggettamento/soggettivazione biopolitico (comunque meno cogente di quanto sostenuto da Foucault), non significava fine della biopolitica, ma probabilmente, evoluzione della stessa. Lo scopo specifico del modelloneobiopolitico d'integrazione *lato sensu* sociale, mi sembrava essere la responsabilizzazione del soggetto, l'individualizzazione del sociale, "*promuovendo una forma governamentale di potere*" (29), finalizzata ad irreggimentare le "forme" cognitive, linguistiche e comunicative dei singoli; un sistema, quello *neobiopolitico*, basato su flessibilità, esaltazione di responsabilità individuali e facoltà cognitive, un sistema *produttivo aperto*, basato sulla collaborazione, sulla rete e su soggettività adattabili a ogni contesto. Centralità in questo modello veniva data alle risorse comunicative e relazionali, alle risorse "sociali" produttive di "comunità", utilizzate (paradossalmente) per la *de-socializzazione* della moltitudine, la singolarizzazione delle responsabilità. La Giustizia riparativa potrebbe rappresentare una manifestazione ed un veicolo per questa forma tardo-moderna di biopolitica: funzionalizzando il processo comunicativo tra soggetti in conflitto alla responsabilizzazione degli stessi, astraendo la relazione conflittuale dalle contraddizioni della più ampia struttura sociale nel quale è radicata, privatizzando il conflitto, normativizzando la comunicazione tra le parti e stabilendo una disciplina per l'interazione comunque prodotta dall'esterno, le tecniche riparative contribuirebbero al processo di individualizzazione del sociale di cui sopra, asservendo la biopolitica tardo-moderna. I sedicenti vantaggi di tipo psico-pedagogico dell'azione riparativa come la presa di coscienza personale, l'incremento dell'autostima delle vittime ed del senso di responsabilità degli autori, il senso d'appartenenza alla comunità, piuttosto che la realizzazione attraverso la Riparazione di interventi psicosociali, nei quali viene riscoperta l'importanza delle emozioni e dei sentimenti, rappresenterebbero effetti neo-biopolitici, partecipando ad un processo di normalizzazione delle facoltà cognitive, linguistiche e comunicative delle parti confliggenti secondo standard fissati dall'esterno, inducendo l'adesione delle stesse a forme di interazione costruite artificialmente e distanti dalla specificità reale dei confliggenti, finalizzate al controllo pervasivo degli stessi.

Proprio perché la biopolitica è relativamente indipendente dalle istituzioni statali, essa si può riprodurre in maniera proteiforme, in molti altri contesti, in forme inedite, anche al di là dei limiti dello statalismo welfarista, ad esempio attraverso i meccanismi de-centrati della Giustizia riparativa.

C'è un'altra "intersezione critica" che credo valga la pena di analizzare: si tratta del rapporto tra *Lebenswelt* e Riparazione, questa volta interpretabile in termini maggiormente critici.

Rammento che in questa sede l'azione Riparativa è stata intesa, ad elevato grado di astrazione teorica, come una forma di agire comunicativo esprimendosi in una tecnologia di interpretazione e gestione del conflitto sociale, che attraverso la risorsa comunicativa attinta dai mondi della vita quotidiana, permette ai partecipanti al conflitto di produrre-riprodurre "argomentativamente" il significato dell'interazione conflittuale e di gestirla in modo intersoggettivo e coerente con quella specifica rappresentazione "relazionale" del conflitto, prescindendo dalla riduzione "oggettivistica" che ne farebbe il dispositivo giuridico. Questa interpretazione, inevitabilmente presenta dei limiti e delle contraddizioni.

Prima di tutto non tutti quelli che il diritto penale definisce crimini implicano una relazione sulla quale poter lavorare (reati senza vittima p. es.); in secondo luogo questa lettura nega i differenziali di potere "sociale" nella generazione della realtà del conflitto in capo alle parti; anche poi, a voler prescindere dall'obiettiva difficoltà di identificare istanze e valori così generalmente condivisi da poter fondare una costruzione intersoggettiva della realtà del conflitto, non si può sottovalutare come il pericolo di istanze materiali indotte abbia presentato, recentemente, difficoltà alla riproduzione simbolica del mondo vitale e alle stesse forme di garanzia delle libertà, cosa dire infatti, della difficoltà o impossibilità di individuare

una *Lebenswelt* unitaria come sfondo condiviso dai soggetti socializzati nella società multiculturale? La società multiculturale è una società *conflittuale* (30). Il problema però, è che nella società del *politeismo dei valori* (31), individuare quel serbatoio di evidenze e convinzioni che i partecipanti alla comunicazione utilizzerebbero per i processi di interpretazione e di interazione cooperativa e di regolazione argomentativa dei conflitti, la *Lebenswelt* appunto, è operazione particolarmente difficile, se non impossibile.

Non mi diffondo oltre sui nodi problematici della Riparazione, promettendo una presa di posizione nelle conclusioni finali, per ora mi limito a dire, in maniera un po' perentoria, che tutte le critiche riproposte sono sensate se in quanto esse siano intese come "individuazione" di rischi possibili, mentre non possono non produrre perplessità se queste venissero intese come individuazione di rischi inevitabili (32).

Note

1. F. W. Nietzsche, *Al di là del bene e del male*, Newton & Compton, Roma, 1977.
2. R. Abel (ed), *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, Los Angeles, 1982.
3. M. Pavarini, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, in "Rassegna penitenziaria e criminologia", 1/3, pp. 71-102, 2001.
4. *Ibidem*.
5. S. Cohen, *Visions of Social Control*, Polity Press, Oxford, 1985.
6. T. E. Marshall, *Out of Court: More or Less Justice?*, in R. Matthews (ed.), *Informal Justice?*, Sage, London, 1995.
7. R. Abel, *The Politics of Informal Justice*, cit.
8. M. Pavarini, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, cit.
9. R. Abel, *The Politics of Informal Justice*, cit.
10. G. Mannozi, *La Giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003.
11. R. Drislane, G. Parkinson, *Social Science Dictionary*, Athabasca University, 2003.
12. D. Macallair, *Widening the Net in Juvenile Justice and the Dangers of Prevention and Early Intervention*, Center on Juvenile and Criminal Justice, San Francisco, 2002.
13. D. Macallair, *Widening the Net in Juvenile Justice and the Dangers of Prevention and Early Intervention*, cit.
14. G. Mannozi, *La Giustizia senza spada*, cit.
15. G. Così, *Invece di Giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano, 2007.
16. R. Abel, *The contradictions of Informal Justice*, in R. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, cit.
17. G. Così, *Invece di Giudicare. Scritti sulla mediazione*, cit.
18. C. B. Harrington, *Shadow Justice? The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Greenwood Press, Westport, 1985.
19. C. Messner, *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*, in "Dei Delitti e Delle Pene", VII, 3, pp. 93-111 2000.
20. *Ibidem*.
21. C. Messner, *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*, cit.; cfr. G. Ponti, *Tutela della vittima e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 1995.
22. *Ibidem*.

23. *Ibidem*.
24. C. Messner, *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*, cit.
25. *Ibidem*.
26. *Ibidem*.
27. C. Messner, *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*, cit.
28. M. Wright, *Justice for Victims and Offender*, Open University Press, Philadelphia, 1996.
29. M. Poster, *The Second Media Age*, Polity Press, Cambridge, 1997.
30. Cfr. J. Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in the Age of Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
31. M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1977.
32. M. Pavarini, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, cit.

Considerazioni conclusive

Molte cose non sono venute ad esistenza per l'impossibilità di dare ad esse un nome (1).S. Jerzy Lec

Percorrere un itinerario nuovo e inesplorato, rifiutando strade consuete dal reiterato transito di altri, comporta innumerevoli difficoltà e solo qualche vantaggio. Con il mio studio, ho deciso deliberatamente di optare per una strada ancora poco battuta, forse attratto dal mistero della novità, forse poco stimolato dagli abituali percorsi.

Dietro le spalle, mi sono lasciato un assetto di analisi ormai consolidato, che con relativa coerenza riesce ad illuminare la piattaforma storico-sociologica e filosofica della Giustizia riparativa e delle sue multiformi applicazioni. Una griglia analitica ormai *data per ovvia* (come direbbe Schütz), che viene riproposta in maniera ricorrente senza esitazioni, preferendo, con un gesto "iconoclasta", una prospettiva analitica diversa, ancora fragile e non priva di contraddizioni. La scelta è stata dettata non tanto e non solo dal rifiuto degli assunti teorici di base, della strumentazione concettuale e analitica adoperata, o delle acquisizioni finali cui perviene la dottrina consolidata; piuttosto, l'idea di una concettualizzazione alternativa, è stata dettata dalla convinzione che è "strategicamente" necessaria un'interpretazione *radicale*, in senso letterale, una lettura deliberatamente divergente da quelle ormai invalse nel tempo, che possa dare una dimensione dialettica e conflittuale al dibattito sulle *cultural roots* della Riparazione (dibattito che a dire il vero latita). Non penso che le categorie della mitezza giuridica, piuttosto che i riferimenti alla critica del sapere post-moderno o alla "crisi" del diritto penale ecc., siano concetti euristicamente inutili, che non possono trovar spazio in un tentativo di ricostruzione teorica delle condizioni di possibilità della Riparazione. Penso solo che si possa (e si debba) investire anche su altre interpretazioni, altre categorie, per arricchire quelle analisi, oppure smentirle, esercitando la normale *curiositas* scientifica.

L'interpretazione "alternativa" che ho proposto, muove da lontano, da un'analisi delle condizioni di emergenza storica del *Restorative justice paradigm*, legando la parabola di una specifica razionalità socio-politica (Welfare State biopolitico) all'evoluzione del *legal system*, leggendo la Riparazione, tra essere e dover essere, tra descrizione e prescrizione, come dispositivo per la rivitalizzazione dei mondi vitali sclerotizzati dalla pervadenza del diritto e dell'azione del giudice.

Utilizzando griglie concettuali poco consuete per gli studi sulle *cultural roots* della Riparazione, sono pervenuto ad una concettualizzazione della stessa, non semplicemente come mera strategia di gestione dei conflitti o come paradigma di giustizia penale, bensì come specifica griglia interpretativa dei fenomeni conflittuali, trascendente le semplificazioni cognitive, le violente astrazioni concettuali e l'intervento monotematico del dispositivo giuridico. Riparazione come dispositivo realizzante un sistema integrato di approccio ai rapporti di opposizione interpersonale che si avvale della risorsa comunicativa attinta dai mondi vitali, per la trasformazione costruttiva del conflitto stesso. Adottando quelle stesse categorie che mi hanno portato ad apprezzare il potenziale "positivo" della Riparazione per la produzione di un diverso ordine, sono altresì pervenuto all'identificazione del potenziale degenerativo, dei limiti e delle contraddizioni della stessa, prendendo le debite distanze dagli intenti apologetici di certa produzione scientifica sull'argomento.

A questo punto, mi sembra chiaro quanto l'obiettivo di questo studio, non possa essere considerato semplicemente il tentativo di svolgere una ricognizione delle basi culturali e delle condizioni di insorgenza della Riparazione.

Lo scopo della mia breve ricerca può essere ricondotto invece, ad un tentativo di elaborare una *metodologia eccentrica*, per l'interpretazione delle determinanti sociologiche, storiche e filosofiche della Giustizia riparativa: tracciare un percorso diverso e alternativo (provarci almeno), raccogliendo talune suggestioni di quella che ho definito letteratura "irenista" sulla Riparazione, problematizzandone alcuni assunti, sviluppando fino alle intime contraddizioni gli strumenti interpretativi da questa proposti, cercando di dimostrare che, forse, una lettura diversa, attingendo a serbatoi concettuali magari inconsueti, è possibile (oltre che necessaria). Che è fattibile un coerente *discorso esterno* sulla Riparazione, che non si atteggi a mera apologia o critica distruttiva, ma che con sguardo il più possibile disincantato, sviluppando un'analisi operativa ad alto livello di astrazione senza lesinare verifiche empiriche, colga la direzione dello sviluppo dinamico, le potenzialità, oltre che eventuali limiti della *restoration*.

Quello che m'interessava (e m'interessa tuttora) è verificare la funzionalità euristica di certe categorie assolutamente trascurate dalla letteratura scientifica che si occupa di Riparazione, per penetrare le radici culturali, i significati sociali e le contraddizioni di quel "paradigma". Un obiettivo metodologico, ripeto, *il dare un nome* diverso (come direbbe Stanislaw Jerzy Lec) a dimensioni già esplorate, ma anche "illuminarne" analiticamente di nuove, elaborando nuove categorie, in modo da cogliere (o costruire) la specificità dell'argomento.

Questo eccentrico itinerario ha dovuto fronteggiare tutta una serie di difficoltà teoriche, di ostacoli relativi al metodo e alla sostanza dei problemi, che non possono non indurre una riflessione finale. Penso all'analisi delle tante criticità sostanziali della *restoration* nelle sue varie applicazioni, sintetizzate nell'ultimo capitolo del mio studio, che vanno a ridimensionare il potenziale positivo del "paradigma". Incontrare questi limiti ha prodotto in me disorientamento (che permane), dubbi e incertezze. Rispetto ai profili critici è difficile prendere posizione per l'una o per l'altra lettura, per il semplice fatto, che con l'esclusione di qualche attacco meramente ideologico e pregiudiziale, ritengo che tutte le criticità riportate effettivamente vadano a comporre il potenziale degenerativo della *restoration*.

Probabilmente, come suggerisce Massimo Pavarini, si può convenire con la considerazione critica "globale", secondo la quale la Giustizia riparativa abbia successo nella gestione delle situazioni problematiche che socialmente sono costruite, situazioni problematiche 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 cementa il patto di cittadinanza (2). Lo spazio di praticabilità di una "*gestione del conflitto tra le parti private*" sarebbe 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". In linea di massima, questo tipo di lettura credo possa essere formula di sintesi equilibrata delle criticità della *restoration*.

Per quanto attiene alle difficoltà di metodo, mi limito qui a ricordare il centrale *problema del linguaggio*. L'analisi della struttura e delle funzioni della Giustizia riparativa, manca ancora di un di un vocabolario pienamente sviluppato e articolato, che le sia proprio. Questo è un enorme problema. Sono necessari continui riferimenti e rimandi a mille scienze, dottrine ed interpretazioni dagli statuti epistmici svariati, proprio perché l'analisi della *restoration* non ne ha uno proprio. In particolar modo, quello che manca è un vocabolario per *un'analisi esterna* delle condizioni di emergenza storica della Riparazione, più che per la struttura della Riparazione in sé. Questo deficit è stato per me uno ostacolo davvero impegnativo da affrontare, che ho cercato di eludere, puntando su di un approccio multidisciplinare e trasversale alle varie questioni, rifiutando decisamente il riferimento alla concettualistica penalistico-criminologica (rappresenta la strada "consunta"), attingendo a serbatoi concettuali diversi (sociologici, filosofico-politici, sociologico-giuridici) accomunati dal fatto di prestarsi ad offrire schemi flessibili, categorie e *parole* "critiche" per svolgere un discorso esterno alternativo e minimamente credibile.

Anche in un altro senso la *restoration* s'infrange contro il muro delle parole. Scriveva Ludwig Wittgenstein: "*Un'immagine ci teneva prigionieri. E non potevamo venirci fuori, perché giaceva nel nostro linguaggio, e questo sembrava ripetercela inesorabilmente*" (3). Nel nostro caso l'immagine (e la parola), è quella del *punire*, punire l'azione criminale. Trattasi di una sequenza, quella che lega la trasgressione alla punizione, percepita come assolutamente naturale, si produce come irriflessa nelle menti di ognuno, del tutto indiscutibile e indiscussa: chi delinque deve essere punito. Si può discutere sulle forme della punizione, sul perché e sul come, ma si deve punire, si deve necessariamente infliggere dolore. La Giustizia riparativa vuole essere un tentativo di sottrarsi a questa *coazione intellettuale*, o come direbbe Wittgenstein a questo "*crampo mentale*", tentativo evidentemente ancora tutto da produrre. La Giustizia riparativa può (e deve) considerarsi se non come "aspirante" surrogato del sistema penale, quantomeno una forma di riflessività critica dello stesso, una forma di ripensamento delle tecnologie punitive, di superamento di quel vocabolario, una forma alternativa di concettualizzazione dei fenomeni criminosi, un tentativo, comunque non privo di ambiguità, di andare *oltre il delitto, oltre il castigo*.

Note

1. S. Jerzy Lec, *Pensieri spettinati*, Bompiani, Milano, 1984.
2. M. Pavarini, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, cit.
3. L. Wittgenstein, *Ricerche Filosofiche*, Einaudi, Torino 2001.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV., *La médiation: un mode alternatif de résolution de conflits?*, Shulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1992.
- AA.VV., *La cultura della cittadinanza oltre lo Stato assistenziale*, Ed. Lavoro, Roma, 1994.
- AA.VV., *Dare un posto al disordine. Sicurezza urbana: vittime, mediazione e riparazione*, Ed. Gruppo Abele, Torino, 1995.
- AA.VV., *Ai confini dello Stato sociale*, manifestolibri, Roma, 1995.
- AA.VV., *Cultura e politica della mediazione, Atti del III Congresso Mondiale del World Mediation Forum*, Edizioni Carlo Amore, Roma, 2000.
- AA.VV., *Lessico della biopolitica*, manifestolibri, Roma, 2006.
- N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, 2° ed. riv., UTET, Torino, 1971.
- R. Abel, *Conservative conflict and the reproduction of Capitalism: the role of Informal Justice*, in "International Journal of the Sociology of Law", 9, pp. 245-267, 1981.
- R. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, Los Angeles, 1982.
- B. A. Ackerman, *Law in an Activist State*, in "Yale Law Journal", 92, pp. 1-45, 1983.
- P. S. Adler, K. Lovaas, N. Milner, *The ideologies of mediation: the movement's own story*, in "Law & Policy", 10 (4), pp. 317 ss., 1988.
- Th. W. Adorno, *Minima moralia*, Einaudi, Torino, 1994.
- G. Agàmben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.
- G. Agàmben, *Quel che resta di Aushwitz. L'archivio e il testimone*, Bollati Boringhieri, Torino, 1998.
- G. Agàmben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- P. Amato (a cura di), *La biopolitica. Il potere sulla vita e la costituzione della soggettività*, Mimesis, Milano, 2004.
- American Bar Association, *Victim/Offender Mediation/Dialogue*, in Restorative Justice.
- G. Apap, *La médiation de quartier: une pratique singulière*, in AA.VV., *La médiation: un mode alternatif de résolution de conflits?*, Shulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1992.
- A. Ardigò, *Crisi di governabilità e mondi vitali*, Cappelli, Bologna, 1980.
- Associazione Internazionale di Diritto Penale, *Diversión and médiation*, numero monografico della *Révue Internationale de droit pénal*, 1983.
- V. Aubert, *The Rule of Law and the Promotional Function of Law in the Welfare State*, in G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, De Gruyter, Berlin-New York, 1985.
- J. L. Austin, *How to do Things With Words*, Oxford University Press, London, 1955.
- L. Baccelli, *Ordine e teoria dei sistemi*, in "Parole chiave", 7-8, 1995.
- L. Baccelli, *Praxis e poiesis nella filosofia politica moderna*, Franco Angeli, Milano, 1991.
- G. Bachelard, *Epistemologia. Antologia di scritti epistemologici*, Universale Laterza, Roma-Bari, 1975.
- A. Bagnasco, *Il capitale sociale, istruzioni per l'uso*, il Mulino, Bologna, 2001.
- L. Balbo, *Le politiche sociali, i diritti di Cittadinanza: riflessioni su un percorso e una mappa*, in "Democrazia e diritto", 28, p. 32 e ss., 1988.
- F. Balsamo, *Famiglie di migranti: trasformazioni dei ruoli e mediazione culturale*, Carocci, Roma, 2003.
- C. D. Banyan, J. R. Antes, *Therapeutic benefits of interest-based mediation*, in "Hospital & Community Psychiatry", 43 (7), luglio, pp. 738-739, 1992.
- A. Baratta, *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, in "Dei delitti e delle pene", 2, pp. 247-68, 1985.
- A. Baratta, M. Pavarini, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in "Dei delitti e delle pene", 1, pp. 7-28, 1998.
- M. Barbagli, *L'occasione e l'uomo ladro, Furti e rapine in Italia*, il Mulino, Bologna, 1995.
- M. Barbagli, *Immigrazione e criminalità in Italia*, il Mulino, Bologna, 1998.
- P. Barcellona, *Il declino dello stato*, Edizioni Dedalo, Bari, 1998.
- P. Barcellona, *Diritto senza società*, Edizioni Dedalo, Bari, 2003.
- P. Barcellona (a cura di), *Nuove frontiere del diritto*, Edizioni Dedalo, Bari, 2001.
- R. Barnett, *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice*, in R. Barnett, J. Hagel III, *Assessing the Criminal. Restitution, Retribution and the Legal Process*, Cambridge Univ. Press, Cambridge,

1977.

- ~A. Barry, T. Osborne, N. Rose (eds), *Foucault and political reason*, UCL Press, London, 1996.
- ~E. Bartocci, *Le politiche sociali nell'Italia liberale (1861 -1919)*, Donzelli, Roma, 1999.
- ~R. A. Baruch Bush, J.P. Folger, *The Promise of Mediation. Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1994.
- ~G. Bateson, *Verso un'ecologia della mente*, Adelphi, Milano, 1976.
- ~Z. Bauman, *Le sfide dell'etica*, Feltrinelli, Milano, 1996.
- ~Z. Bauman, *In Search of politics*, Polity Press, Cambridge, 1999.
- ~Z. Bauman, *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, il Mulino, Bologna, 2002.
- ~Z. Bauman, *Fiducia e paura nella città*, Bruno Mondadori, Milano, 2005.
- ~Z. Bauman, *La Società sotto assedio*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- ~Z. Bauman, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- ~Z. Bauman, *Voglia di comunità*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- ~L. Bazzicalupo, *Il governo delle vite: biopolitica ed economia*, Laterza, Roma, 2006.
- ~L. Bazzicalupo, R. Esposito (a cura di), *Politica della vita. Sovranità, biopotere, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- ~U. Beck, *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2000.
- ~U. Beck, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2000.
- ~K. Bekett, B. Western, *Governing social marginality: Welfare incarceration and the trasformation of state policy*, in "Punishment and Society", vol. III, 1, pp. 43-60, 2001.
- ~F. Belvisi, *I lati oscuri di un abbaglio. Ovvero: società multiculturale, costituzione e diritto*, in U. -Melotti (a cura di), *L'abbaglio multiculturale*, SEAM, Roma, 2000.
- ~R. Bendix, *Work and Authority in Industry*, California University Press, Berkeley, 1974 (trad. it. *Lavoro e autorità nell'industria*, Etas Kompas, Milano, 1973).
- ~P. Berger, B. Berger, H. Kellner, *The Homeless Mind. Modernization and Consciousness*, Random House, New York, 1973.
- ~P. L. Berger, *The Limits of Social Cohesion. Conflict and Mediation in Pluralist Societies*, Westview Press, Oxford-Boulder, 1998.
- ~D. C. Bergmann, *ADR: resolution or complication?*, in "Public Utilities Fortnightly", 131 (2), pp. 20-22, 15 gennaio, 1993.
- ~B. Perret, G. Roustang, *L'economie contre la société. Affronter la crise de l'integration sociale e culturale*, Seuil, Paris, 1993.
- ~M. Bertani, *Postfazione*, in M. Foucault, *L'ordine del discorso*, Einaudi, Torino, 2004.
- ~C. Besemer, *Gestione dei conflitti e mediazione*, EGA, Torino, 1999.
- ~W. Beveridge, *Social Insurance and Allied Services* (report by), Presented to Parliament by Command of His Majesty, November 1942, Majesty's Stationery Office, London, 1944 (I ed. 1942).
- ~D. E. Biegel, *Social Networks and Mental health. An annotated Bibliography*, Sage, Beverly Hills, 1985.
- ~L. Bifulco (a cura di), *Le nuove politiche sociali: temi e prospettive emergenti*, Carocci, Roma, 2005.
- ~L. Blichner, A. Molander, *What is Juridification?* Working Paper, Center of European Studies-Oslo University, 14 march 2005.
- ~L. Boltanski, E. Chiapello, *Il nuovo spirito del capitalismo*, Feltrinelli, Milano, 2006.
- ~J. P. Bonafé- Schmitt, *La médiation: une justice douce*, Syros Alternatives, Paris, 1992.
- ~J. P. Bonafé- Schmitt, *Les boutiques du droit: l'autre médiation*, in "Archives de Politique Criminelle", 14, p. 30 ss., 1992.
- ~A. Bonomi, *Il trionfo della moltitudine*, Bollati Boringhieri, Torino, 1996.
- ~J. Brown, *Insecure Societies*, McMillan, London, 1990.
- ~A. Bottomley, J. Roche, *Conflict and Consensus: a Critique of the Language of Informal Justice*, in Matthews (ed.), *Informal Justice?*, Sage, London, 1988.
- ~M. Bouchard, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in "Questione Giustizia", 3-4, pp. 770-775, 1992.
- ~M. Bouchard, *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in "Questione Giustizia", 4, p. 887e ss., 1995.
- ~M. Bouchard, *Le risposte possibili alla criminalità diffusa*, in L. Violante (a cura di), *La*

- criminalità - Storia d'Italia*, Annali, 12, Einaudi, Torino, 1997.
- M. Bouchard, G. Mierolo (a cura di), *Prospettive di mediazione*, EGA, Torino, 2000.
 - M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005.
 - R. Boudon, *Effets pervers et ordre social*, PUF, Paris, 1977.
 - R. Boudon, *La place de désordre*, PUF, Paris, 1984.
 - P. Bourdieu, *Risposte. Per un'antropologia riflessiva*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992.
 - J. Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
 - J. Braithwaite, *Standards for restorative justice*, United Nations Crime Congress: Ancillary Meeting, Vienna, in *Restorative Justice*, 2000.
 - J. Braithwaite, P. Pettit, *Not Just Desert. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
 - P. Brooker, *Juridification of ADR*, in "Anglo-American Law Review", 28 (1), p. 29 e ss., 1999.
 - J. Brown, *The British Welfare State a Critical History*, Blackwell Publishers, Oxford, 1995.
 - C. Brutti, R. Brutti, *Mediazione, Conciliazione Riparazione*, Giappichelli, Torino, 1999.
 - J. Burnside, N. Baker, *Relational Justice: Repairing the Breach*, Waterside Press, Winchester, 1994.
 - M. Buti, *Saggio introduttivo*, in F. Cabaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, il Mulino, Bologna, 2002.
 - M. Buti, D. Franco, L. R. Pench, *Il Welfare state in Europa: la sfida della riforma*, il Mulino, Bologna, 1999.
 - I. Buzzi, S. Pinna (a cura di), *Esperienze pratiche per mediare i conflitti*, Punto di Fuga, Cagliari, 1999.
 - F. Cabaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, il Mulino, Bologna, 2003.
 - R. Caillois, *Istinti e Società*, Guanda, Milano, 1983.
 - M. Cain, *Beyond Informal Justice*, in R. Matthew (ed.) *Informal Justice?*, Sage, London, 1988.
 - G. Calabresi, *Transactions costs, resource-allocation and liability rules- A comment*, in H. Manne (ed.), *The economics of legal relationships*, West Pub. Co., St. Paul, 1975.
 - P. Calidoni, *Tra standardizzazione e mondi vitali*, in "Dirigenti Scuola", 8, 2001.
 - B. Capponi, *Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in "Documenti Giustizia", 2, pp. 361 ss, 1994.
 - C. Carboni, *Cittadinanza sociale e classi: Marshall contro Marx*, "Politica e economia", 7, p. 25 e ss., 1986.
 - J. Carbonnier, *Reflexion sur la mediation*, in AA.VV., *La mediation un mode alternatif de resolution des conflits?*, Ed.Zurigo, Losanna, 1992.
 - J. Carbonnier, *Flessibile diritto*, Giuffrè, Milano, 1997.
 - R. Cario, *La médiation pénale*, L'Harmattan, Paris, 1997.
 - R. Castel, *Les métamorphoses de la question salariale*, Fayard, Paris, 1996.
 - R. Castel, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Seuil, Paris, 2003.
 - S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Cortina Editore, Milano, 1999.
 - M. Castiglioni, *La mediazione linguistico culturale*, Franco Angeli, Milano, 1997.
 - L. Cedroni, P. Chiantera-Stutte (a cura di), *Questioni di biopolitica*, Bulzoni, Roma, 2003.
 - V. Cembrani, D. Rodriguez, *L'istanza etica dell'autonomia della persona umana ed il diritto alla salute: consenso "informato" o consenso "comunicato"?*, in "Professione, cultura e pratica del medico d'oggi", 2006.
 - P. Cendon, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia? Domestic Torts e risarcimento del danno*.
 - A. Ceretti, *Come pensa il Tribunale per i Minorenni*, Franco Angeli, Milano, 1996.
 - A. Ceretti, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998.
 - A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA. VV., *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Giuffrè, Milano, 2000.
 - V. Cesareo, *Consenso e legittimazione nello Stato assistenziale*, in CNPDS (a cura di), *La società industriale metropolitana e i problemi dell'area milanese*, Franco Angeli, Milano, 1981.
 - S. Chignola (a cura di), *Governare la vita*, Ombre Corte, Verona, 2006.
 - N. Christie, *Conflicts as property*, in "British Journal of Criminology", 17, p. 1 e ss., 1978.

- ↯ N. Christie, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Edizioni Gruppo Abele, Milano, 1985.
- ↯ S. Ciappi, A. Coluccia, *Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli, Milano, 1997.
- ↯ G. Cittadini, *Liberi di scegliere: dal welfare state alla welfare society*, Etas, Milano, 2002.
- ↯ D. S. Clark (ed.), *Enciclopedia of Law & Society*, Sage Publications, Los Angeles-London-New Delhi-Singapore, 2007.
- ↯ J. Clark, Ch. Wedderburn, *Juridification- A universal trend?* In G. Teubner (eds), *Juridification of Social Spheres*, cit.
- ↯ J. Clasen, *Social Insurance in Europe*, Charlesworth & Co., Huddersfield, 1997.
- ↯ J. Clifford, G. E. Marcus, *Scrivere le culture. Poetiche e politiche in etnografia*, Maltemi, Roma, 2005.
- ↯ S. Cohen, *Visions of Social Control*, Polity Press, Oxford, 1985.
- ↯ G. Cosi, *Giustizia senza giudizio. Limiti del diritto e tecniche di mediazione*, in F. Molinari - A. Amoroso (a cura di), *Teoria e pratica della mediazione*, Franco Angeli, Milano, 1999.
- ↯ G. Cosi, *Invece di Giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano, 2007.
- ↯ G. Cosi, M.A. Foddai, *Lo spazio della mediazione*, Giuffrè, Milano, 2003.
- ↯ R. Cotterell, *Concept of Legal Culture*, in D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Adelrshot, 1997.
- ↯ R. Cotterell, *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Aldershot, 2006.
- ↯ R. Cotterell (ed.), *Law in Social Theory*, Ashgate, Aldershot, 2006.
- ↯ W. Cragg, *The Practice of Punishment*, Routledge, London-New York, 1992.
- ↯ T. F. Crum, *The magic of Conflict*, Simon & Schuster, New York, 1987.
- ↯ A. Cutler, *Keynes, Beveridge and Beyond*, Routledge and Kegan Paul, London, 1986.
- ↯ A. Cutro, *Michel Foucault. Tecnica e vita. Biopolitica e filosofia del bios*, Bibliopolis, Napoli, 2004.
- ↯ A. Cutro, *Biopolitica. Storia e attualità di un concetto*, Ombre Corte, Verona, 2005.
- ↯ R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- ↯ R. Dahrendorf, *Le funzioni del conflitto sociale*, Feltrinelli, Milano, 1971.
- ↯ A. Dal Lago, R. De Biasi (a cura di), *Un certo sguardo, introduzione all'etnografia sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- ↯ M. R. Damaška, *Activism in perspective*, in "Yale Law Journal", 92, pp. 1189-1197, 1983.
- ↯ G. Davis, *Making Amends. Mediation and Reparation in Criminal Justice*, Routledge, London- New York, 1992.
- ↯ Declaration of Leuven, *On the advisability of promoting the restorative approach to juvenile crime*, in L. Walgrave (ed.), *Restorative Justice for Juveniles. Potentialities, Risks and Problems for Research*, Atti del First International Conference on Restorative Justice for Juveniles, Leuven University Press, Leuven, 1998.
- ↯ E. De Cristofaro, *Sovranità in frammenti*, Ombre Corte, Verona, 2007.
- ↯ G. De Leo, *Devianza, personalità e risposta penale: una proposta di riconcettualizzazione*, in "La questione criminale", 2, pp. 219-43, 1981.
- ↯ O. De Leonardis, *Diritti, differenze e capacità. Sulla giustizia come processo sociale*, in "Democrazia e diritto", 31, p. 5-6, 1991.
- ↯ O. De Leonardis, *In un diverso Welfare state*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- ↯ O. De Leonardis, *Un approccio istituzionale ai processi di esclusione sociale*, Relazione non pubblicata, Università di Torino, 20 novembre 2002.
- ↯ J. De Münck, *Le pluralisme des modèles de justice*, in A. Garapon, D. Salas (a cura di), *La Justice des mineurs. Evolution d'un modèle*, Editions Bruylant, Paris, 1995.
- ↯ V. Denti, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in "Rivista Italiana di Diritto Processuale", 1, p. 410 ss., 1980.
- ↯ B. De Sousa Santos, *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in "Sociologia del Diritto", 3, p. 5 ss., 1990.
- ↯ G. De Strobel, *Analisi critica della statistica giudiziaria e criminale in tema di giustizia minorile dal 1947 ad oggi*, in L. Bergonzini, M. Pavarini (a cura di), *Potere giudiziario, enti locali e giustizia minorile*, il Mulino, Bologna, 1985.
- ↯ I. Deva, *Sociology of Law*, Oxford University Press, New Delhi, 2005.
- ↯ F. De Waal, *Far la pace tra le scimmie*, Rizzoli, Milano, 1989.

- ↳ DIPARTIMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA - SERVIZIO PER L'INFORMATICA E LA STATISTICA, *Tablelle - dati statistici*, in "BION -Bollettino Informativo dell'Osservatorio Nazionale", n. 1-3, pp. 104-121, 1999.
- ↳ F. Domenicantonio, *Il sistema italiano di sicurezza sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- ↳ M. Domm, *Della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in M. Donini (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2000.
- ↳ P. Donati, *Risposte alla crisi dello Stato sociale*, Franco Angeli, Milano, 1984.
- ↳ P. Donati, *Le frontiere della politica sociale*, Franco Angeli, Milano 1985.
- ↳ J. Donzelot, *L'invention du social*, Fayard, Paris, 1984.
- ↳ M. Douglas, *Come percepiamo il rischio*, Feltrinelli, Milano, 1991.
- ↳ L. Dreyfus, P. Rabinow, *La ricerca di Michel Foucault. Analitica della verità e storia del presente*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1989.
- ↳ F. Dünkel - J. Zermatten, *Nouvelles tendances dans le droit pénal des mineurs. Médiation, travail au profit de la Communauté et traitement intermédiaire*, Max-Plank Inst., Freiburg, 1990.
- ↳ D. Easton, *A System Analysis of Political Life*, Wiley, New York, 1965.
- ↳ A. Eglash, *Creative Restitution: Some Suggestions for Prison Rehabilitation Programs*, "American Journal of Corrections", 20, pp. 20-34, 1958.
- ↳ T. Eckhoff, *The mediator, the judge and the administrator in conflict resolution*, in "Acta Sociologica", vol. X, p. 148 ss., 1966, (trad. it. in A. Giasanti, V. Pocar, *La teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milano, 1981).
- ↳ H. T. Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, in "Harvard Law Review", 99, p. 668 ss., 1986.
- ↳ J. P. Ekeu, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas, Paris, 1993.
- ↳ N. Elias, *Il processo di civilizzazione. La civiltà delle buone maniere*, il Mulino, Bologna, 1983.
- ↳ G. Esping-Andersen, *Fondamenti sociali delle economie post-industriali*, il Mulino, Bologna, 2000.
- ↳ R. Esposito, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino, 2002.
- ↳ R. Esposito, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004.
- ↳ L. Eusebi (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989.
- ↳ L. Eusebi, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1990.
- ↳ L. Eusebi, *Dibattiti su teorie della pena e mediazione*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 3, p. 813 ss., 1997.
- ↳ L. Eusebi, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998.
- ↳ F. Ewald, *L'État Providence*, Seuil, Paris, 1986.
- ↳ F. Ewald, D. Kessler, *Tipologia e politica dei rischi*, in "Il Rischio", 22-24, p. 15-39, 2000.
- ↳ B. Faedda, *Incontri culturali tra mediazione e conflitto*, in "Diritto & Diritti", 2001.
- ↳ J. Faget, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Erès, Toulouse, 1992.
- ↳ J. Faget, *La médiation pénale: une dialectique de l'ordre et de désordre*, in "Déviance et Société", vol. XVII, 3, pp. 221-223, 1993.
- ↳ J. Faget, *La Médiation. Essai de politique pénale*, Erès, Ramonville Saint-Agne, 1997.
- ↳ A. Febbrajo, *Introduzione*, in A. Febbrajo (a cura di), *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, Giuffrè, Milano, 2006.
- ↳ F. Feher, A. Haller, *Biopolitics*, European Center for Social Welfare State Politics, Vienna, 1996.
- ↳ E. Ferraioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Giappichelli, Torino, 2003.
- ↳ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma - Bari, 1989.
- ↳ M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, il Mulino, Bologna, 2002.
- ↳ M. R. Ferrarese, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in "Rivista di Diritto Costituzionale", 5, p. 74 ss., 2000.
- ↳ M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- ↳ V. Ferrari, P. Ronfani, S. Stabile (a cura di), *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Franco Angeli, Milano, 2001.
- ↳ M. Ferrera, *Il Welfare State in Italia*, il Mulino, Bologna 1984.

- ↯ M. Ferrera, *Le trappole del Welfare state*, il Mulino, Bologna, 1998.
- ↯ R. Fisher, W. Ury, *Getting to yes. Negotiating agreements without giving*, Penguin Books, New York, 1991.
- ↯ O. M. Fiss, *Against settlement*, C. Thomas Publisher, Springfield, 1984.
- ↯ M. A. Foddai, *Mediazione: oltre l'antico e il moderno*, in *Diritto e storia*, n°2, 2003.
- ↯ J. Folberg, A. Taylor, *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigations*, Jossey-Bass, San Francisco, 1984.
- ↯ D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999.
- ↯ D. H. Ford, R. M. Lerner, *Teoria dei sistemi evolutivi*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1995.
- ↯ M. Forse, *L'ordre improbable. Entropie et processus sociaux*, PUF, Paris, 1989
- ↯ G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, Milano, 2002.
- ↯ M. Foucault, *La volontà di sapere*, Feltrinelli, Milano, 1978.
- ↯ M. Foucault, *Dits et Ecrits*, III, Gaillemard, Paris, 1994.
- ↯ M. Foucault, *Archivio*, III, Feltrinelli, Milano, 1998.
- ↯ M. Foucault, "Bisogna difendere la società", Feltrinelli, Milano, 1998.
- ↯ M. Foucault, *L'ordine del discorso*, Einaudi, Torino, 2004.
- ↯ M. Foucault, *Il potere psichiatrico*, Feltrinelli, Milano, 2004.
- ↯ M. Foucault, *Sicurezza popolazione territorio*, Feltrinelli, Milano, 2004.
- ↯ M. Foucault, *La Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano, 2005.
- ↯ M. Foucault, *Sorvegliare e Punire*, Einaudi, Torino, 2005.
- ↯ C. Fraser, *Comunicazione e interazione*, in S. Tajfel, H. Fraser (eds), *Introduzione alla psicologia sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- ↯ L. M. Friedman *The Concept of Legal Culture: A Reply*, in D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997.
- ↯ L. M. Friedman, *Il Sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, il Mulino, Bologna, 1978.
- ↯ L. M. Friedman, *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*, Harvard U.P, Cambridge, 1990.
- ↯ L. M. Friedman, *Total Justice*, Russell Sage Foundation, New York, 1994.
- ↯ L. M. Friedman, *La Società orizzontale*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- ↯ L. Fuller, *Mediation. Its form and functions*, in "Southern California Law Review", 4, p. 44 ss., 1971.
- ↯ P. Gaggero, *I modelli alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema di common law*, in "Documenti Giustizia", 3, p. 375 ss., 1994.
- ↯ J. Galtung, *Institutionalized conflict resolution*, in "Journal of Peace Research", 1, p. 349 ss., 1965.
- ↯ A. Garapon, *Droit, médiation et service public*, in "Information sociales", 22, pp. 40-47, 1992.
- ↯ A. Garapon, *I custodi dei diritti, Giustizia e Democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1996.
- ↯ D. Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Torino, 2004.
- ↯ D. Garland, *Punishment and Modern Society*, Oxford University Press, Oxford, 1990.
- ↯ D. Garland, *The meaning of mass imprisonment*, in "Punishment and Society", vol. III, 1, pp. 5-8, 2001.
- ↯ R. Garofalo, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887
- ↯ U. Gatti, M. Marugo, *La vittima e la giustizia riparativa*, in "Marginalità e società", numero monografico sul tema Rivalutazione della vittima e Giustizia riparativa, 1994.
- ↯ U. Gatti, M. Marugo, *Verso una maggiore tutela dei diritti delle vittime: la giustizia riparativa al vaglio della ricerca empirica*, in "Rassegna italiana di criminologia", 3, 1992.
- ↯ A. Gehlen, *Studien zur Antropologie und Soziologie*, Neuwied-Berlin, Luchterhand, 1963.
- ↯ S. Giacomelli (a cura di), *La via della conciliazione*, IPSOA, Milano, 2003.
- ↯ G. Gili, *Crisi del Welfare State e nuove politiche sociali*, EISS, Roma, 1985.
- ↯ E. Goffman, *Frame Analysis. An essay of the organization of experience*, Northeastern University Press, Boston, 1996.
- ↯ S. B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and other Processes*, Little, Brown & Company, Boston-Toronto-London, 1992.
- ↯ D. Gonin, *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, L'Archipel, Paris, 1991.
- ↯ C. Guarnieri, *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- ↯ C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997.
- ↯ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, P.U.F., Paris, 1995.

- ~P. H. Gulliver, *Disputes and negotiations. A cross cultural perspective*, Orlando, London, 1969.
- ~J. Habermas, *Introduzione*, in AA. VV., *Stichworte zur Geistigen Situation der Zeit*, 2 voll., Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1980/1979.
- ~J. Habermas, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Roma-Bari, 1982.
- ~J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, 2 voll., Il Mulino, Bologna, 1986.
- ~J. Habermas, *Fattizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1992.
- ~J. Habermas, *Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien* 1985; tr. it. in F. Biondo, A. Mastropaolo (a cura di), *La nuova oscurità. Crisi dello Stato sociale ed esaurimento delle utopie*, Edizioni Lavoro, Roma, 1998.
- ~J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino, 2007.
- ~J. Habermas, *La condizione intersoggettiva*, Laterza, Roma, 2007.
- ~J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- ~M. Hardt, A. Negri, *Impero*, Rizzoli, Milano, 2002.
- ~M. Hardt, A. Negri, *Moltitudine. Guerra e democrazia nel nuovo ordine imperiale*, Rizzoli, Milano, 2004.
- ~J. Harrington, *Shadow Justice. The Ideology and Institutionalisation of Alternatives to Court*, Greenwood Press, Westport, 1981.
- ~J. Haynes, L. Fong, G. Haynes, *La mediazione: strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti*, Edizioni Carlo Amore, Roma, 2003.
- ~A. Heller, S. Puntischer Riekmann (eds), *Biopolitics. The politics of the Body, Race and Nature*, London Thorson, Aldershot, 1996.
- ~C. Herzlich, P. Adam, *Sociologia della malattia e della medicina*, Franco Angeli, Milano, 1999.
- ~M. Hill, *Le Politiche Sociali*, il Mulino, Bologna, 1999.
- ~Th. Hobbes, *Il Leviatano*, Laterza, Roma-Bari, 1974.
- ~E. J. Hobsbawm, *Lavoro, cultura e mentalità nella società industriale*, Laterza, Roma-Bari, 1986.
- ~E. J. Hobsbawm, *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, Rizzoli, Milano, 1995.
- ~M. Howlett, *Come studiare le politiche pubbliche*, il Mulino, Bologna, 2003.
- ~L. Hulsman, *Abolire il sistema penale?* (intervista a), in "Dei delitti e delle pene", 3, pp. 71-89, 1983.
- ~L. Hulsman, J. Bernat de Celis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le centurion, Paris, 1982.
- ~E. Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Il Saggiatore, Milano, 2007.
- ~A. Huxley, *Mondo nuovo e ritorno al mondo nuovo*, Mondadori, Milano 2000.
- ~N. Irti, *Fenomenologia del diritto debole*, in P. Barcellona (a cura di), *Nuove frontiere del diritto*, Edizioni Dedalo, Bari, 2001.
- ~I.S.T.A.T., *La sicurezza dei cittadini. Reati, vittime, percezione della sicurezza e sistemi di protezione*, Roma, 1999.
- ~I.S.T.A.T., *Italia in cifre*, Roma, 2000.
- ~S. Jerzy Lécz, *Pensieri spettinati*, Bompiani, Milano, 1984.
- ~J. M. Keynes, *Teoria generale dell'interesse e della moneta*, UTET, Torino, 1978.
- ~R. Kosellek, *Futuro Passato. Per una semantica dei tempi storici*, Editore Marietti, Genova, 1986.
- ~T. Kühn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 2000.
- ~H. Lagrange, *Appréhension et préoccupation sécuritaire*, in "Deviance et Société", vol. XVI. 1, pp. 1-29, 1992.
- ~J. Leblois-Happe, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives*, in "Revue des Sciences Criminelles", 3, pp. 525-36, 1994.
- ~R. Lewöntin, *Biologia come ideologia. La dottrina del DNA*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993.
- ~S. Lipset, *Le radici della democrazia*, il Mulino, Bologna, 2003.
- ~J. Locke, *Secondo trattato sul governo civile*, UTET, Torino, 1960.
- ~L. Lombardi Vallauri, *Introduzione generale al Convegno su Le professioni giuridiche come vacanze*, in *Le professioni giuridiche come vocazioni*, Atti del convegno di Firenze, in "Iustitia", 1990.
- ~A. Lovejoy, *La grande catena dell'essere* Feltrinelli, Milano, 1966.
- ~K. Lüderssen, *L'irrazionale nel diritto penale*, in L. Lombardi Vallauri (a cura di), *Logos dell'essere, logos della norma*, Ed. Adriatica, Bari, 1999.

- ↯ J. Luft, *Dinamica delle relazioni interpersonali*, Isedi, Milano, 1985.
- ↯ J. F. Lyotard, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1979.
- ↯ G. Mannozi, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", p. 14 e ss., dicembre 2000.
- ↯ G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003.
- ↯ G. Mannozi, *Mediazione e Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- ↯ F. Mantovani, *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 2001
- ↯ A. Marradi, *Sistema giudiziario*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 1983.
- ↯ H. Marcuse, *One-Dimensional Man: Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, Beacon Press, Boston 1991.
- ↯ T. E Marshall, *Out of Court: More or Less Justice?*, in R. Matthews (ed.), *Informal Justice?*, Sage, London, pp. 25-50, 1998.
- ↯ T. F. Marshall, *Alternative to Criminal Courts*, Gower, Aldershot, 1985.
- ↯ T. F. Marshall, S. Merry, *Crime and Accountability. Victim/Offender Mediation in Practice*, London, HMSO, 1990.
- ↯ T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, UTET, Torino, 1976.
- ↯ O. Marzocca (a cura di), *Biopolitica e liberalismo*, Feltrinelli, Milano, 2001.
- ↯ F. Masini, *Prefazione* in F. W. Nietzsche, *Al di là del bene e del male*, Newton & Compton, Roma, 2002.
- ↯ R. Matthews, *Informal Justice?*, Sage Publications, London, 1988.
- ↯ H. Maturana, F. Varela, *L'albero della conoscenza*, Garzanti, Milano, 1987.
- ↯ D. Matza, *Delinquency and Drift*, John Wiley, New York, 1964.
- ↯ D. Matza, *Becoming deviant*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1969.
- ↯ O. Mazzoleni, *Del dominio dello Stato - Appunti per una teoria critica libertaria del potere statale*.
- ↯ 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.
- ↯ P. McCold, *Types and Degrees of Restorative Practice*, in "RJF", p. 65 ss., 1999.
- ↯ P. McCold, B. Watchel, *Restorative justice theory validation. Paper to fourth International Conference on Restorative justice for Juveniles*, Tubinga, 1-4 ottobre 2000.
- ↯ M. L. McNeil, *Contradictions of School Reform. Educational Costs of Standardized Testing*, Routledge, New York & London, 2000.
- ↯ D. Melossi, *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, 2001.
- ↯ A. Melucci, *L'invenzione del presente*, il Mulino, Bologna, 1982.
- ↯ H. Messmer, H. U. Otto, *Restorative Justice on Trial*, Kluwer, Dordrecht/Boston/London, 1992.
- ↯ C. Messner, *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*, in "Dei Delitti e Delle Pene", VII, 3, pp. 93-111, 2000.
- ↯ C. Messner, *Differimenti. I tempi della vittima nella società mondo*, *Politica del diritto*, 34(3), pp. 471-496, 2003.
- ↯ A. Mestiz (a cura di), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Carocci, Roma, 2004.
- ↯ T. Mileva, *Local Participatory Democracy in Britain's Health Service: Innovation or Fragmentation of a Universal Citizenship?*, in "Social Policy & Administration", 2, pp. 240-252, 2004.
- ↯ E. Mingione, *Le sfide dell'esclusione: metodi, luoghi, soggetti. Verso una riforma del welfare in Italia*, il Mulino, Bologna, 1999.
- ↯ F. Molinari, A. Amoroso (a cura di), *Teoria e pratica della mediazione*, Franco Angeli, Milano, 1999.
- ↯ L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984.
- ↯ C. Mongardini, *Epistemologia e sociologia*, Franco Angeli, Milano, 1985.
- ↯ C. W. Moore, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1986.
- ↯ J. Morineau, *L'esprit de la médiation*, Paris, ERES Trajets, 1998, (trad. it., *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, Milano, 2000).
- ↯ G. Mosconi, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in G. Pisapia (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, Padova, 2000.

- ↳ G. Nevola, *Conflitti di Cittadinanza*, Sisifo, 20, 1990.
- ↳ D. Nelken, *Social Work Contracts and Social Control*, in R. Matthews (ed.), *Informal Justice?*, Sage, London, 1988.
- ↳ D. Nelken, *Using the Concept of Legal Cultures*, in "Australian Journal of Legal Philosophy", 29, pp. 1-28, 2004.
- ↳ D. Nelken, J. Feest (eds), *Adapting Legal Cultures*, Hart pub., Oxford-Portland, 2001.
- ↳ D. Nelken, J. Priban (eds), *Law's new boundaries: the consequences of legal autopoiesis*, Ashgate, Aldershot, 2001.
- ↳ P. S. Nicosia, *La tutela extragiudiziale degli interessi: negoziazione, conciliazione, mediazione e arbitrato in Italia*, La Tribuna, Piacenza, 2000.
- ↳ F. W. Nietzsche, *Al di là del bene e del male*, Newton & Compton, Roma, 1977.
- ↳ F. W. Nietzsche, *Aurora. Pensieri sui pregiudizi morali*, Piccola biblioteca Adelphi, Milano, 1992.
- ↳ C. S. Nino, *Los limites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- ↳ P. Nonet, Ph. Selznik, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper, New York, 1978.
- ↳ F. Occhiogrosso, *Mediazione e dintorni: il punto sulla nuova cultura del vivere civile e del fare giustizia*, in "Minori e giustizia", n. 2, pp. 5-31, 1999.
- ↳ J. O'Connor, *La crisi fiscale dello Stato*, Einaudi, Torino 1977.
- ↳ E. Odom, *The mediation hearing: a primer*, in J.E. Palenski, H.M. Launer (eds), *Mediation. Context and Challenges*, C. Thomas Publisher, Springfield, 1984.
- ↳ C. Offe, *Ingovernabilità e mutamento delle democrazie*, il Mulino, Bologna, 1982.
- ↳ C. Offe, *Alcune contraddizioni del moderno Stato assistenziale*, in A. Baldassarre, A. A. Cervati (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1982.
- ↳ Organizzazione delle Nazioni Unite, X Congresso sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti, Vienna 2000, *Draft on the Basic Principles on Restorative Justice in Criminal Matters*.
- ↳ G. Orwell, 1984, Einaudi, Torino, 2001.
- ↳ F. Ost, D. De Kerchove, *De la Pyramide au resau? Vers un Nouveau mode de production du droit?*, in "Revue Interdisciplinaire d'études juridiques", vol. 44, p. 1 e ss., 2000.
- ↳ G. Oestreich, *Filosofia e Stato moderno*, Bibliopolis, Napoli, 1989.
- ↳ M. Paci, *Disuguaglianza, esclusione e nuova domanda di Welfare State. Alcune riflessioni*, in E. Bartocci (a cura di), *Disuguaglianza e Stato Sociale*, Donzelli, Roma, 1996.
- ↳ J. E. Palenski, H.M. Launer (eds), *Mediation. Contexts and Challenges*, C. Thomas Publisher, Springfield, 1984.
- ↳ C. E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in "Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale", 2, p. 25 e ss., 1992.
- ↳ A. Pandolfi, *Progressismo e Biopolitica*.
- ↳ L. Pannarale, *Il diritto e le aspettative*, ESI, Napoli, 1988.
- ↳ P. Panzè, *Contenuti e significato della conciliazione penale del pubblico ministero*, in "Minori e giustizia", n. 2, pp. 70-85, 1999.
- ↳ T. Parsons, *Politics and Social Structure*, Free Press, New York 1969 (trad. it., *Sistema politico e struttura sociale*, Giuffrè, Milano 1975).
- ↳ M. Pavarini, *Il rito pedagogico. Politica criminale e nuovo processo penale a carico di imputati minorenni*, in "Dei delitti e delle pene", 2, pp. 107-39, 1991.
- ↳ M. Pavarini, *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*, Sage, London, 1997.
- ↳ M. Pavarini, *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in L. Violante (a cura di), *"Enciclopedia d'Italia"*, Einaudi, Torino, 1997.
- ↳ M. Pavarini, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998.
- ↳ M. Pavarini, *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in S. Moccia (a cura di), *La giustizia negoziata*, E.S.I., Napoli, 1998.
- ↳ M. Pavarini, *Processi di ri-carcerizzazione e "nuove" teorie giustificative della pena*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", 1, pp. 71-102, 2000.

- M. Pavarini, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, in "Rassegna penitenziaria e criminologia", 1/3, pp. 113-141, 2001.
- E. Pavolini, *Le nuove politiche sociali: i sistemi di welfare fra istituzioni e società civile*, il Mulino, Bologna, 2003.
- D. E. Peachey, *The Kitchener Experiment*, in M. Wright, B. Galaway (eds), *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, Sage, London, 1989.
- C. Pelikan, Council of Europe Recommendation n. R. (99)19 concerning mediation in penal matters, United Nations Crime Congress: Ancillary Meeting, Vienna 2000, in Restorative Justice.
- D. Peters, *Richter in Dienst der Macht*, Enke-Verlag, Stuttgart, 1973.
- A. Petrillo, *Immigrazione e strategie dell'insicurezza. Genealogia di una politica. Duelli, razze, paure, rischi, febbri*, di prossima pubblicazione in un volume collettaneo (sotto la direzione di L. D'Alessandro e A. Marino), per i tipi de L'Hammartan Italia.
- 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.
- A. Piperno, *Mercati assicurativi e istituzioni*, il Mulino, Bologna, 1997.
- G. Pisapia (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, Padova, 2000.
- G. Pisapia, D. Antonucci (a cura di), *La sfida della mediazione*, Cedam, Padova, 1997.
- T. Pitch, *Un diritto per due*, il Saggiatore, Milano, 1998.
- K. Polanyi, *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 1974.
- G. Ponti, *Rivalutazione della vittima e giustizia riparativa: una premessa*, in "Marginalità e Società", numero monografico sul tema Rivalutazione della vittima e Giustizia riparativa, 1994.
- G. Ponti, *Tutela della vittima e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 1995.
- P. P. Portinaro, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?* In P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2003.
- M. Poster, *The Second Media Age*, Polity Press, Cambridge, 1997.
- P. Rabinow, *Essay on anthropology*, Princeton University Press, Princeton, 1996.
- M. Raiteri, *Diritto, regolazione e controllo*, Giuffrè, Milano, 2005.
- C. Ranci, *Oltre il welfare state*, il Mulino, Bologna, 1999.
- C. Ranci, *Politica sociale. Bisogni sociali e politiche di welfare*, il Mulino, Bologna, 2004.
- G. Rebuffa, *Nel crepuscolo della democrazia*, il Mulino, Bologna, 1991.
- M. Rehbinder, *Le funzioni sociali del diritto*, in E. Resta (a cura di), *Diritto e trasformazione sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1978.
- M. Rehbinder, *Sociologia del diritto*, CEDAM, Padova, 1982.
- E. Resta, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- E. Resta, *La certezza e la speranza: saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 1996.
- J. Revel, *Michel Foucault, un'ontologia dell'attualità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003.
- F. Richardson-Preston, *Full Circle: The Newsletter of the Restorative Justice Institute*, 1997.
- J. Rifkin, *Il secolo biotech*, Baldini-Castoldi, Milano 1988.
- Ph. Robert, *Gli effetti della pena per la società*, in "Dei delitti e delle pene", III, pp. 489-512, 1984.
- J. Robert, *Public Opinion, Crime and Criminal Justice*, Westview Press, Boulder, 2000.
- S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, il Mulino, Bologna, 1996.
- P. Ronfani, *Alcune riflessioni sul rapporto tra Sociologia del diritto e Psicologia*, Working Paper n. 20, Centro Interuniversitario di Ricerca sulla Sociologia del Diritto e delle Istituzioni Giuridiche (C.I.R.S.D.I.G.), Messina.
- P. Rosanvallon, *La crise de l'État Providence*, Seuil, Paris, 1981.
- P. Rosanvallon, *La nuova questione sociale: ripensare lo Stato assistenziale*, Ed. Lavoro, Roma, 1997.
- S. Rochè, *Le sentiment d'insécurité*, PUF, Paris, 1993.
- N. Rouland, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1992.
- E. Santoro, *Le antinomie della cittadinanza*, in D. Zolo (a cura di), *La Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- E. Santoro, *Dalla cittadinanza inclusiva alla cittadinanza escludente: il ruolo del carcere nel governo delle migrazioni*.

- ~C. Sarzotti, *Cultura giuridica e culture della pena. I discorsi inaugurali dell'anno giudiziario dei Procuratori Generali*, L'Harmattan Italia, Torino, 2006.
- ~M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè, Milano, 1974.
- ~M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- ~F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternativa delle controversie*, Guerini e Associati, Milano, 2001.
- ~G. Scardaccione, *Mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 1998.
- ~C. Shearing, *Punishment and the changing face of the governance*, in "Punishment and Society", vol. III, 2, pp. 203-220, 2001.
- ~A. Schütz, *La fenomenologia del mondo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1960.
- ~A. Schütz, *Reflections on the Problem of Relevance*, Northwestern University Press, Evanston, 1973.
- ~A. Schütz, Th. Luckmann *Strutture della Lebenswelt*, UVK, Konstanz, 2003.
- ~C. Scivoletto, *C'è tempo per punire. Percorsi di probation minorile*, Franco Angeli, Milano, 1999.
- ~F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna, 1990.
- ~R. H. Shryock, *Storia della medicina nella società moderna*, Isedi, Milano, 1977.
- ~S. Simitis, *Juridification of Labor Relations*, in G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, op. cit.
- ~S. Simitis, G. Zenz (eds), *Familie und Familienrecht*, vol. I, Band, Frankfurt a. M., 1975.
- ~G. Simmel, *Der Streit in Soziologie*, Lipsia, 1908 (trad. italiana in C. Morgandini (a cura di), *Il conflitto nella cultura moderna*, Bulzoni, Roma, 1976).
- ~G. Simmel, *Filosofia del denaro*, UTET, Torino, 1984.
- ~J. Simon, *Fear and loathing in late modernity. Reflections on the cultural sources of mass imprisonment*, in "Punishment and Society", vol. III, 1, pp. 21-34, 2001.
- ~J. F. Six, *Le temps des Médiateurs*, Edition du Seuil, Paris, 1990.
- ~H. Steinert, *Der Prozess der Kriminalisierung*, Juventa, München, 1973.
- ~A. Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, in M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- ~A. Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- ~C. S. Sumner, *Censure, Politics, and Criminal Justice*, Milton Keynes Open University Press, Buckingham, 1990.
- ~L. Susskind, C. Ozawa, *Mediated negotiation in the public sector*, in "American Behavioural Scientist", 27, pp. 149-166, 1983.
- ~N. C. Tate, T. Vallinder (eds), *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York-London, 1995.
- ~G. Teubner, *Substantive and reflexive elements in modern law*, Working Papers n°14, European University Institute, Florence, 1982.
- ~G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, De Gruyter, Berlin-New York, 1985.
- ~G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, De Gruyter, Berlin, 1987.
- ~L. Thévenot, *Les justifications du service public peuvent-elles contenir le marché?*, in A. Lyon-Caen, V. Champeil-Desplats (a cura di), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Paris, 2001.
- ~R. Titmuss, *Problems of Social Policy*, Longmans, Green and Co., London, 1950.
- ~R. Titmuss, *Social Policy*, Allen & Unwin, London, 1974.
- ~R. Titmuss, *Saggi sul Welfare State*, Edizioni Lavoro, Roma, 1986.
- ~Tenth United Nation Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offender, Vienna, 10-17 aprile 2000.
- ~M. S. Umbreit, *A Humanistic Mediation Model: Moving to a Higher Plane*, in "Victim-Offender Mediation Association Quarterly", 7, p. 1 ss, 1996.
- ~M. S. Umbreit, *Handbook of Victim Offender Mediation*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.
- ~M. S. Umbreit, R. B. Coates, *Cross-Site Analysis of Victim Offender Mediation in Four States*, in "Crime and delinquency", 5, pp. 565-85, 1993.
- ~V. H. Umbricht, *Multilateral mediation. Practical experiences and lessons*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.

- W. Ury, J. M. Brett, S. B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved*, Jossey-Bass, San Francisco, 1988.
- D. Van Ness, *Four Challenges of Restorative Justice*, in "CLF", 4, p. 12 ss., 1993.
- G. Varona, *Restorative Justice: New Social Rites within the Penal System?*, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1996.
- G. Vattimo, *Dell'esteriorità dei delitti e delle pene*, in "Iride. Filosofia e discussione pubblica", XIV, n. 32, pp. 59-65, 2001.
- F. Vianello, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, in G. Pisapia (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, Padova, 2000.
- F. Vianello, *Diritto e mediazione, per riconoscere la complessità*, Franco Angeli, Milano, 2004.
- G. Vicarelli, *Il malessere del welfare*, Liguori, Napoli, 2005.
- Victim-Offender-Association, *Recommended Ethical Guidelines*, in Restorative Justice.
- P. Virilio, *Vitesse et Politique*, Galilée, Paris, 1977.
- T. Vitale, "Attivazione e contrattualizzazione nel welfare locale: cambia la posizione dei destinatari?", in "La Rivista delle Politiche Sociali", 1, pp. 291-323, 2005.
- H. Vollmer, *Akzeptanzbeschaffung: Verfahren und Verhandlungen*. in "Zeitschrift für Soziologie", 2, p. 13 e ss., 1996.
- P. Warhigig, *Non-professional conflict resolution*, in *Mediation. Context and challenges*, C. Thomas Publisher, Springfield, 1984.
- M. Weber, *La politica come professione*, in M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1977.
- M. Weber, *Economia e società*, Edizioni Comunità, Milano, 2000.
- J. Weitkamp, *Recent developments on restitution and victim-offender reconciliation in the USA and Canada: an assessment*, in G. Kalser, H. Kury, H.J. Albrecht (eds), *Victim and Criminal Justice, Criminological Research Reports*, Institute for Foreigns and International penal Law, Friburgo, vol. I, 1991.
- E. Wiesnet, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra cristianesimo e pena*, Giuffrè, Milano, 1987.
- L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1967.
- M. Wright, *Justice for Victims and Offender*, Waterside Press, Winchester, 1996.
- M. Wright, contributo presentato nell'ambito del Convegno sul tema "Quali prospettive per la mediazione? Riflessioni teoriche ed esperienze operative", Roma, 20-21 aprile 2001.
- M. Wright, B. Galaway (eds), *Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community*, Sage Publications, London, 1989.
- H. Zacher, *Juridification in the Field of Social Law*, in G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, cit.
- R. Zaffaroni, *En busca de la penas perdidas*, EDIAR, Buenos Aires, 1989.
- G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- G. Zincone, *Due vie alla cittadinanza: il modello societario e il modello statalista*, in "Rivista italiana di scienza politica" 19, 2, pp. 223-265, 1989.
- G. Zincone, *Da sudditi a cittadini*, il Mulino, Bologna, 1992.
- D. Zolo, (a cura di) *La Cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

Normativa

- AFG-*Arbeitsfoerderungsgesetz*, Sec. 103 (Normativa sulla promozione del lavoro, 25 giugno 1969, Germania Ovest).
- *Code du Travail*, Art. L. 351-4 (Legge della Repubblica Francese, n° 73-4, 2 gennaio 1973).
- *Raccomandazione n. R(83)7* del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, del 23/06/1983.
- *Convenzione Europea sulla Vittime dei Reati Violenti*, ETS n. 116 del 24/11/1983, del Consiglio Ministri della Comunità Europea, in vigore dal 1988.
- *Raccomandazione n. R (85) 11* del Consiglio d'Europa, del 28/06/1985.
- *Raccomandazione n. R (85) 4* del Consiglio d'Europa, del 25/10/1985.
- *Risoluzione 40/34* delle Nazioni Unite, del 29/11/1985.
- *Dichiarazione dei Principi Fondamentali di Giustizia per le Vittime di Reato e di Abuso di Potere*

(A/RES/40/34) delle Nazioni Unite, del 29/11/1985.

~Raccomandazione n. R (87) 21 del Consiglio d'Europa, del 17/09/1987.

~Risoluzione n. 1997/33 sugli Elementi di una responsabile prevenzione della criminalità: standards e norme dell'Economic and Social Council delle Nazioni Unite, del 21/07/1997.

~Risoluzione n. 1998/23 sulla Cooperazione internazionale tesa alla riduzione del sovraffollamento delle prigioni ed alla promozione di pene alternative dell'Economic and social Council delle Nazioni Unite, del 28/07/1998.

~Risoluzione n. 1999/26, sullo Sviluppo ed attuazione di interventi di mediazione e giustizia riparativa nell'ambito della giustizia penale, dell'Economic and social Council delle Nazioni Unite, del 28/07/1999.

~Raccomandazione n. R (99)19, relativa alla Mediazione in materia penale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adottata il 15/09/1999.

~Raccomandazione n. R (99)22, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, del 30/09/1999.

~Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999.

~Decreto legislativo della Repubblica italiana n. 274/2000, Disposizioni sulla competenza penale del Giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24/11/1999, n. 468, del 28/08/00.

~La Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia, X Congresso delle Nazioni Unite, Vienna 10-17 aprile 2000.

~Risoluzione n. 2000/14 sui principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia criminale dell'Economic and Social Council delle Nazioni Unite, del 27/07/2000.

~Risoluzione n. 55/59 sulla Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia, dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 04/12/2000.

~Risoluzione n. 55/60 concernente il seguito da dare al Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione della criminalità e il trattamento dei delinquenti, dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 04/07/2000.

~Decisione quadro 15 marzo 2001, assunta dal Consiglio dei Ministri UE.

~Libro Verde sulla tutela delle vittime, del Consiglio Europeo, pubblicato in data 28/09/2001.

~Risoluzione concernente i Piani d'azione per l'attuazione della Dichiarazione di Vienna sulla criminalità e la giustizia, n. 56/261, del 31/01/2002.

~Proposta di direttiva del Consiglio de Ministri UE, del 16/10/2002, (COM/2002/0562 def.).

~Risoluzione sui Principi base circa l'applicazione di programmi di giustizia riparativa nell'ambito penale n. 15/2002, dell'Economic and Social Council delle Nazioni Unite.

~Direttiva 2004/80/CE del Consiglio dei Ministri UE, del 29/04/2004.