

Per uno studio socio-giuridico della mediazione penale

FRANCESCA VIANELLO

L'emergere del paradigma compensatorio all'interno dei sistemi di giustizia criminale è un fenomeno registrabile su scala internazionale. L'idea di una giustizia riparativa come fondante di un nuovo modello penale consensuale e partecipativo, da opporsi ai limiti e alle deficienze dei più tradizionali modelli retributivo e riabilitativo, nasce in ambienti diversificati, traendo forza argomentativa sia dagli stessi approcci di tipo riabilitativo che essa supera, sia dalle critiche più radicali offerte dai movimenti abolizionisti.

Primo motivo ispiratore del nuovo modello sembra essere la consapevolezza dell'inefficacia dei sistemi di giustizia penale fondati su politiche di deterrenza o su programmi di riabilitazione: il paradigma compensatorio intende opporsi da subito all'idea della sanzione come unica risposta possibile al fenomeno criminale e alla confusione operata dal modello riabilitativo tra prevenzione, rieducazione e repressione, proponendo quale obiettivo irrinunciabile dell'intervento penale la restaurazione del legame sociale attraverso la riparazione del danno subito dalla vittima.

Il più chiaro esempio dell'applicazione del nuovo ideale di giustizia riparativa è fornito dai programmi di mediazione, progressivamente sviluppatasi, nel corso degli ultimi decenni, in molti paesi occidentali. Nati fondamentalmente dagli stessi presupposti teorici, da un'insoddisfazione generalizzata verso i precedenti modelli di giustizia penale e dalla centrale riconsiderazione del ruolo della vittima precedentemente ignorata, i programmi di mediazione oggi esistenti appaiono profondamente diversificati sotto molteplici aspetti, non solo nazionalmente, ma anche all'interno dei singoli Paesi.

La lettura, prettamente socio-giuridica, che del nuovo istituto della mediazione penale propone Jacques Faget, giurista e sociologo, ricercatore al CNRS francese¹, fa della mediazione un rilevante indicatore delle dinamiche in atto all'interno del sistema di giustizia penale francese. La specificità del caso italiano - la mediazione è in Italia riservata al penale minorile - non permette una generalizzazione delle osservazioni proposte da Faget, ma può forse aiutarci a considerare attentamente i possibili sviluppi dell'istituto anche nel nostro paese.

Durante uno stage di alcuni mesi presso il G.E.R.N. (Groupe européen de recherche sur les normativités) di Parigi, abbiamo avuto la possibilità di assistere direttamente a numerose sedute di mediazione penale, nei diversi moduli in cui la mediazione viene proposta ed offerta attualmente nella zona attorno a Parigi. In particolare, ci è stato possibile osservare la pratica del nuovo istituto a Versailles, dove la mediazione penale è condotta da mediatori di professione appartenenti ad una Associazione che ha una convenzione con il Tribunale, nei locali del Tribunale stesso, e nella Val d'Oise, dove invece la mediazione viene attuata da dei giudici di professione, ma in sedi esterne, non istituzionali. Tali sedi, le *Maisons de Justice* e le *Boutiques du*

¹J. Faget, «La médiation pénale. Une dialectique de l'ordre et du désordre», *Déviance et Société*, XVII, 1993, 3, pp. 221-233; lo stesso tema viene ripreso, più ampiamente, nel successivo libro *La médiation. Essai de politique pénale*, Editions Erès, Ramonville Saint-Agne 1997, pp. 210.

Droit, sono state istituite in Francia verso la fine degli anni '70 nell'ottica di quella che è stata definita la *justice de proximité*. Le *Boutiques du Droit* e le *Maisons de Justice*, insieme con le iniziative in corso durante la nostra permanenza a Parigi, le *journées de la justice*, in cui le porte dei Tribunali e delle Procure erano aperte ai cittadini, fanno parte di un più vasto processo che tenta di riavvicinare i cittadini alle Istituzioni e che, come afferma Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, uno dei maggiori promotori della mediazione, è oggi molto di moda in Francia².

E' certo vero che tale processo di riavvicinamento delle Istituzioni e, più in particolare, di umanizzazione del penale, nasce da una crisi di legittimazione istituzionale, e in particolare dell'istituzione giudiziaria, benché, come sottolinea Bonafé-Schmitt, quest'ultimo non sia che un aspetto di una crisi più generalizzata dei meccanismi di regolazione sociale. Già dai due diversi modi più comuni di attuare la mediazione nella regione parigina è possibile notare come, accanto ad un processo che è certo di informalizzazione della giustizia, si cerchi di mantenere sempre un elemento di formalità che legittimi le nuove pratiche agli occhi dei loro utenti: se la mediazione penale può essere praticata, da una parte, da un giudice di professione o invece da un mediatore che non ha rapporti diretti di dipendenza con l'istituzione giudiziaria, dall'altra, all'interno dei locali istituzionali, quali i locali appositamente adibiti all'interno dei Tribunali, o invece in sedi decentrate, quali le *Maisons de Justice*, in genere alla scelta della via del mediatore indipendente si associa l'utilizzo di una sede istituzionale, così come alla scelta di una sede esterna si associa l'impiego di un giudice di professione. Formalità ed informalità coesistono in un rapporto complesso che non permette di presentare la mediazione semplicemente come un'alternativa alla giustizia tradizionale, ma piuttosto come luogo in cui viene tentata la compenetrazione di differenti modalità di regolazione sociale³.

Ci tornano in mente le parole di Boaventura de Sousa Santos, quando, discutendo del progetto della modernità, sottolinea come esso, legato al modello di razionalità cartesiana, lungi dall'essere monolitico, riconosca come propri principi organizzativi delle polarizzazioni dicotomiche⁴. Sottostante a tutte le dicotomie che possono riconoscersi nella razionalità strumentale-cognitiva (soggetto-oggetto, natura-cultura), nella razionalità estetico-espressiva (arte-vita, stile-funzione), nella razionalità morale-pratica (società-individuo, pubblico-privato), e in vario modo presente in esse, de Sousa Santos individua proprio la dicotomia formale-informale, ossia «la distinzione polare tra costruzione concettuale autoreferenziale e contenuto empirico disorganizzato»⁵. Riservando una parte della propria analisi all'ambito della sociologia del diritto, de Sousa Santos ricorda come, nel piano di trasformazione pratica dell'amministrazione della giustizia, il movimento di informalizzazione abbia portato alla creazione di meccanismi di trattamento procedurale e di risoluzione delle dispute

²J.P. Bonafé-Schmitt, *Una, tante mediazioni dei conflitti*, in G. Pisapia, D. Antonucci (a cura di), *La sfida della mediazione*, Cedam, Padova 1997, pp. 21ss..

³J.P. Bonafé-Schmitt, *op. cit.*, p. 23.

⁴B. de Sousa Santos, « Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico », in *Sociologia del diritto*, 1990, 3, pp. 5-34.

⁵B. de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 5.

che si contraddistinguono per quelle caratteristiche che sono i presupposti teorici dei nuovi programmi di mediazione⁶.

Il motivo di tale richiamo è la collocazione che Jacques Faget riserva al nuovo istituto della mediazione. Concentrando la sua attenzione sulla mediazione penale in particolare, Faget sottolinea infatti come essa, nel suo proporsi comunque al servizio della ricerca del giusto, pur nell'ottica di un'uscita dal codice del diritto e mirando ad una giustizia della reciprocità, ottenibile solo attraverso un processo di consapevolizzazione di cui il diritto non si preoccupa, si inserisca a sua volta nel contesto di una dicotomia fondamentale, alla base di tutta la tradizione filosofico-giuridica moderna, che pone la giustizia al centro della dialettica ordine-disordine, con il compito primario di tracciare delle frontiere oggettive tra dei territori di legalità, rappresentati come terreni dell'ordine, dell'equilibrio, dell'armonia, e dei territori d'illegalità, sinonimi di disordine e disequilibrio.

L'oggetto di studio è, più che la mediazione in particolare, il sistema della giustizia penale nella sua completezza. «L'osservatore che analizza un sistema sociale per un periodo di tempo sufficientemente lungo», chiarisce Faget, «incontra sempre una successione di momenti di strutturazione e destrutturazione, di equilibrio e squilibrio. La termodinamica ci mostra, pur con le riserve che Raymond Boudon formula sull'utilizzazione analogica di strumenti provenienti dalla fisica per l'analisi del mutamento sociale, ...che questo gioco permanente tra tensioni contrarie produce una dinamica fin tanto che le forze non si neutralizzano, o che la troppa potenza di una di esse non precipita inesorabilmente l'istituzione verso l'ordine perfetto o il caos»⁷. Più che discutere se la giustizia penale possa o meno essere considerata un sistema, ciò che Faget si propone è di «tessere concettualmente un cammino di comprensione di un avvenimento sociale che illustra i rapporti complessi che noi intratteniamo, nella nostra civiltà giudaico-cristiana, tra l'ordine, che essa pone all'origine del mondo, e il disordine, che considera come posteriore e inferiore»⁸.

L'analisi prende avvio dalla constatazione dello stato odierno della giustizia: è davanti agli occhi di tutti, afferma Faget, come la giustizia, oggi, per assicurare le proprie funzioni strumentali e simboliche, sia tenuta a modificarsi continuamente. Tale trasfigurazione sembra operarsi in un confronto con delle logiche sociali che sempre più tendono ad abolire il senso e il tracciato dei limiti che separano le diverse istanze di regolazione sociale. Di tutto ciò la mediazione penale sembra poter essere un eccellente indicatore. Come si diceva, formalità ed informalità s'intersecano e, a volte, si scontrano, proponendo direzioni diverse di ridefinizione delle funzioni sociali della giustizia penale.

⁶In particolare, con le parole di B. de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 8 «enfasi posta su risultati raggiunti di comune accordo, anziché stretta obbedienza normativa; preferenza per decisioni ottenute attraverso mediazione o conciliazione, anziché decisioni ottenute attraverso aggiudicazione; riconoscimento della competenza delle parti a proteggere i propri interessi e a condurre la propria difesa in un contesto istituzionale deprofessionalizzato, e attraverso un processo condotto in linguaggio ad esse comune; scelta di un non-giurista come terza parte (sebbene con qualche esperienza giuridica), eletto o meno dalla comunità o dal gruppo le cui dispute si pretendono risolvere; diminuito o quasi nullo potere di coercizione che l'istituzione può attuare nel proprio nome».

⁷J. Faget, 1993, *op. cit.*, p. 221.

⁸J. Faget, 1993, *op. cit.*, p. 221.

.E' interessante la ricostruzione che Faget attua dello sviluppo, verificatosi in Francia, del discorso e della pratica della mediazione penale. L'analisi degli obiettivi che essa si è posta e della retorica che l'ha circondata al suo debutto ci permette di comprendere alcuni degli appunti critici che la forma assunta ormai istituzionalmente dalla mediazione ha provocato negli ambiti più attenti allo sviluppo complessivo della politica penale francese. Infine, seppur velocemente, un'analisi delle proposte di ridefinizione dell'ambito di impiego della mediazione penale e dei suoi rapporti con la giustizia tradizionale ci permette di considerare gli appunti di un altro studioso della mediazione, Antoine Garapon, convinto che, paradossalmente, potrebbe essere proprio il nuovo istituto a concorrere a salvare il «vecchio» diritto⁹.

.La lettura che Jacques Faget ci propone ripercorre le tappe della nascita del nuovo istituto della mediazione penale in Francia, il suo iniziale diffondersi come pratica, come esperimento, come progetto di azione sociale che, pur appoggiando le sue radici in un folklore giuridico sorpassato¹⁰, si ispira in realtà a delle iniziative ben definite, quei *community dispute resolution programs* sviluppatasi in Nord America verso la fine degli anni '60.

.L'analisi si concentra sulle «forze entropiche» della mediazione penale. L'obiettivo di far fronte al fallimento strumentale dell'apparato giudiziario e alla perdita, da parte dei gruppi sociali più vulnerabili sul piano socio-economico, delle tradizionali capacità di gestione dei conflitti, non viene contrastato dall'ambiente giudiziario che si dimostra molto disponibile, in alcuni casi contribuendo anche direttamente all'elaborazione e alla messa in opera delle nuove modalità di gestione dei conflitti.

.L'entusiasmo che accompagna l'iniziale diffondersi dell'istituto ha motivi diversi, tali da poter soddisfare sia i ragionamenti più tecnocratici («grazie alla sua flessibilità e al suo minor costo, costituiva uno dei modi possibili per attenuare il peso schiacciante della domanda sociale di diritto sui canali giudiziari»), sia le preoccupazioni più politiche («un mezzo per riassorbire il sentimento di insicurezza»), che, infine, le speranze più riformiste in campo penale («una maggior protezione dei diritti e della dignità delle vittime», «una maggiore responsabilizzazione dei delinquenti di quanto potesse fare la giustizia penale»)¹¹.

.Va qui ricordato che, nonostante che la prima esperienza di mediazione penale in Francia risalga al 1985, è soltanto a partire dal 1988 e in particolare durante il 1989 che tale pratica si diffonde e comincia a far parlare di sé. E' del gennaio 1989 un primo incontro sulla mediazione nel contesto di un seminario che si tiene all'Istituto internazionale di Sociologia giuridica di Oñati, all'epoca diretto da Arnaud, e i cui lavori vengono poi ripresi nel novembre dello stesso anno, diretti da Bonafé-Schmitt e Leroy, presso il laboratorio di Antropologia giuridica dell'Università della Sorbona, a Parigi.

L'obiettivo, prettamente socio-giuridico, che il seminario si propone è di considerare la prospettiva della mediazione nel contesto della giustizia e nel contesto della società francese. Si sottolinea subito, quindi, che non si tratta solo di problemi

⁹A. Garapon, «Droit, médiation et service public», in *Information sociales*, 1992, 22, pp. 40-47

¹⁰Ci mette in guardia, ancora una volta, B. de Sousa Santos «l'informalismo preformalista sarà differente dall'informalismo post-formalista», *op. cit.*, p. 6.

¹¹J. Faget, 1993, *op. cit.*, pp. 222-223.

istituzionali o che derivano semplicemente dalla messa in opera di procedure giudiziarie o paragiudiziarie, e che al di là del funzionamento - o di certe disfunzioni - dell'apparato giudiziario, vi sono alcune questioni sociali molto più ampie.

Vi sono modi diversi, si dice, di affrontare il conflitto, modi che si aprono o meno alla sua negoziazione. Tale opzione non è semplicemente legata alle opportunità che si offrono agli attori sociali, quanto piuttosto alle rappresentazioni che abbiamo del conflitto, della giustizia e del diritto stesso¹².

Fin dal suo emergere risultano chiare le differenze che caratterizzano i diversi sostenitori della mediazione: alcuni interessati alla dimensione sociale della mediazione, in particolare alle sue potenzialità pedagogiche, altri piuttosto tesi a considerarla come un'eccellente maniera di rimediare alle disfunzioni giudiziarie. Ma al di sotto di questa ambiguità vi è forse una confusione ben più generale. «Mediazione, conciliazione, negoziazione, convocazione davanti al giudice... la terminologia impiegata resta confusa», scrive nel 1992 Michèle Guilbot¹³.

E' per questo che il primo obiettivo di Bonafé-Schmitt è quello di giungere ad una definizione della mediazione, definizione che, a partire dal 1988, è oggi in Francia pressoché universalmente condivisa, oltre che riproposta anche qui da noi come «ottima base di partenza»¹⁴. La mediazione viene quindi definita come quel «processo, il più delle volte formale, con il quale un terzo neutro cerca, attraverso l'organizzazione di scambi tra le parti, di permettere loro di confrontare i propri punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che li mette in opposizione».

Ciò nonostante Faget, compiendo nel 1991 un inventario di una sessantina di esperienze di mediazione concretamente presenti sul territorio nazionale, identifica almeno quattro modelli di mediazione penale, secondo due dimensioni che si incrociano: l'autonomia o meno rispetto all'istituzione giudiziaria, da una parte della figura del mediatore, dall'altra della logica seguita (un ideale di pedagogia sociale *versus* una logica giudiziaria legata ad esigenze di tipo tecnocratico). E' così che formalità ed informalità nella selezione del mediatore e nelle procedure tornano ad intersecarsi a seconda della logica e degli obiettivi perseguiti¹⁵. Nata come tecnica informale, e sviluppatesi in direzioni diverse a seconda delle logiche seguite e degli attori impegnati in essa, la mediazione si diffonde comunque rapidamente.

E' a questo punto che Faget riconosce negli ulteriori sviluppi del nuovo istituto, in particolare nella sua successiva istituzionalizzazione, «l'impresa neghentropica delle logiche giudiziarie». Il movimento formatosi attorno alle esperienze di mediazione, inizialmente per lo più appoggiato e incoraggiato, ma nel peggiore dei casi semplicemente ignorato, comincia ad essere vissuto come un movimento anarchico. La risposta delle Istituzioni comincia ad organizzarsi, all'inizio indirettamente. Poi, in

¹²J.P. Bonafé-Schmitt, E. Le Roy (a cura di), *Séminaire médiation, novembre 1989 - juin 1991*, Ministère de la Justice, Paris 1991, p. 16.

¹³M. Guilbot, «La participation du ministère public a la médiation», *Archives de Politique Criminelle*, 1992, 14, p. 39.

¹⁴M. Bouchardeau, «La mediazione: una terza via per la giustizia penale?», *Questione giustizia*, 1992, 3-4, pp. 770-775.

¹⁵J. Faget, 1993, *op. cit.*, pp. 224-225. I quattro modelli identificati da Faget sono il modello autonomo comunitario, il modello autonomo professionale, il modello legale comunitario ed il modello legale-professionale.

modo sempre più deciso, si configura l'elaborazione progressiva di una strategia di controllo.

I finanziamenti concessi al *Comité de liaison du contrôle judiciaire* (CLCJ) e all'*Institut national de l'aide aux victimes* (INAVEM) costituiscono il primo tentativo di riprendere in mano il movimento. Risparmiandosi un intervento diretto, lo stato spinge in tal modo i due organismi che maggiormente si occupano di mediazione a sviluppare autonomamente una strategia federativa. In seguito, la diffusione di un documento raccomandante la partecipazione del tribunale alle iniziative di mediazione secondo modelli di convenzione definiti, apre la strada a quella che, nell'ottobre del 1992, il Ministero della Giustizia distribuisce come nota di orientamento sulla mediazione penale¹⁶.

L'istituzionalizzazione del nuovo istituto avviene infine con l'articolo 6 della legge che nel gennaio 1993 riforma il codice di procedura penale.

La necessità di un modello unico di mediazione penale è legittimata dal desiderio di una sua estensione a tutto il territorio nazionale, ma, sottolinea Faget, non può che mettere in luce la volontà dell'istituzione giudiziaria di sottomettere il legame sociale al suo controllo e l'estrema difficoltà che i giuristi trovano nel concepire luoghi di regolamento dei conflitti da cui risulterebbero esclusi. In particolare, «la loro strategia difensiva mostra le difficoltà che esistono nel passare dal modello di giustizia napoleonico a quello di cui hanno bisogno le ricomposizioni della società post-industriale. Lo studio della mediazione è in questo rivelatore dello scontro tra due concezioni della giustizia»¹⁷.

Riprendendo il quadro generale dell'evoluzione sistemica, Faget ci ricorda come in ogni sistema isolato l'aumento del disordine sia irreversibile. «L'isolamento, la chiusura dell'universo giudiziario prigioniero delle sue usanze, del suo linguaggio, dei suoi rituali, ma ancor più della sua griglia d'interpretazione della realtà, non poteva che trovare sbocco in un disordine di cui lo sviluppo delle pratiche alternative, inscritte nella crisi di legittimità del sistema intero, rappresentano l'illustrazione». Rivolgendosi all'esterno al fine di diminuire l'entropia, il sistema va però incontro a degli effetti destrutturanti: «l'apertura della politica penale la rende una variabile dipendente dall'insieme delle politiche sociali»¹⁸. L'istituzionalizzazione, da parte del sistema giudiziario, delle dinamiche societarie, ha come obiettivo la realizzazione di un nuovo equilibrio sistemico. D'altra parte, l'entropia che così si produce all'interno dei sistemi che con esso interagiscono, obbliga questi ultimi ad una ridefinizione delle proprie pratiche e delle proprie ideologie.

Le numerose analisi critiche non della mediazione in sé, ma del processo di istituzionalizzazione di un movimento che era nato in Francia con chiari intenti di deformalizzazione e con l'obiettivo di una riappropriazione del conflitto da parte dei soggetti coinvolti, si concentrano sulla considerazione che i vantaggi strumentali della mediazione penale sono quantitativamente limitati, ciò che eliminerebbe l'argomento

¹⁶Ministère de la Justice, Direction des affaires criminelles et des grâces, *Note d'orientation sur la médiation en matière pénale*, in *Un mode d'exercice de l'action publique: les classements sous condition et la médiation en matière pénale*, octobre 1992.

¹⁷J. Faget, 1993, *op. cit.*, p. 229.

¹⁸J. Faget, 1993, *op. cit.*, p.230.

che la presenta come un rimedio alle disfunzioni giudiziarie e permetterebbe di contestare almeno in parte la pertinenza della sua istituzionalizzazione.

«E' più che altro sul piano simbolico» sostiene Faget «che bisogna considerare l'efficacia della mediazione penale. Non si tratta solo di una mediazione tra due soggetti (livello strumentale), ma di una mediazione tra i soggetti e la legge»¹⁹.

Gli appunti critici di chi critica pesantemente l'instaurazione del modello unico, istituzionale, di mediazione, sottolineano che la mediazione non può avere per scopo l'applicazione della legge, pena il trattarsi semplicemente di una sua volgarizzazione e demetaforizzazione. Lo scopo della mediazione deve piuttosto essere l'utilizzazione della legge come punto di riferimento che faciliti l'aggiustamento di punti di vista diversi. In questo senso, «essa non si situa perciò né nella legge, né al di fuori della legge, ma all'ombra di un diritto di cui viene così rinforzata la dimensione metaforica». Quel tipo di regolazione, affermatosi in Francia, parteciperebbe invece ad «una giuridicizzazione dei rapporti sociali, portando in sé i germi di una rilegittimazione giudiziaria. Producendo presso gli esperti un intenso processo di acculturazione giuridica, essa condurrebbe ad un movimento globale di accrescimento della regolazione di tipo giuridico»²⁰.

Tali critiche dirette contro l'ideologia dell'informalità provengono in realtà da osservatori differenti e paiono concordare sui paradossali risultati di tale ideologia che avrebbe in generale prodotto «più professionisti e un nuovo strato di paraprofessionisti, l'aumento del formalismo e una più vasta rete di regolazione giuridica che, invece di demistificare l'operare del diritto, ne ha aumentato l'opacità e la complessità»²¹. Le istituzioni informali di regolazione dei conflitti sembrano capaci di assoggettare all'autorità legale delle nuove forme di azione, impossessandosi di litigi che non sono tradizionalmente tradotti nel linguaggio del diritto. Gli organismi informali finirebbero così per sottomettere alla legge delle condotte che altrimenti le sfuggirebbero: lungi dal destabilizzare il sistema come temono in molti, estenderebbero sia la portata che l'intensità dell'autorità statale. «L'informalismo è un meccanismo attraverso il quale lo stato estende il proprio controllo»²², e quel che è più significativo è che ciò avviene nello stesso momento in cui esso si disimpegna rispetto a certi servizi.

La proposta che qui si avanza è che ciò che viene perseguito tramite mediazione non venga considerato giustizia nel senso tradizionale del termine, neanche nell'accezione sostenuta da Bonafé-Schmitt di *justice douce*²³: la logica della mediazione è troppo diversa, troppo particolare, troppo lontana dalla logica giuridica²⁴. Essa non può che rinviare ad una tecnica comunitaria, a delle logiche societarie, al di fuori delle quali la sua utilizzazione non può essere efficace.

¹⁹J. Faget, 1993, *op. cit.*, p. 231.

²⁰J. Faget, 1993, *op. cit.*, p. 231.

²¹R. Matthews, *Reassessing Informal Justice*, in R. Matthews (a cura di), *Informal Justice?*, Sage, London 1988, p. 9.

²²R. Abel, *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, N.Y. 1982, p. 9.

²³J.P. Bonafé-Schmitt, *La médiation: une justice douce*, Syros, Paris 1992.

²⁴E. Le Roy, A. Garapon, A. Girardet, *La conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges*, Association d'études et des recherches de l'École nationale de la magistrature et Laboratoire d'Anthropologie juridique de l'Université Paris I, Paris 1989.

Tale approccio vuole appoggiarsi, invece che alla definizione di Bonafé-Schmitt, che parla di «un processo il più delle volte formale...», alla definizione che della mediazione ha dato nel 1988 Carbonnier. Si tratta di una definizione che sottolinea la necessaria informalità del processo mediatorio, che consisterebbe in “qualunque modo *informale*, insolito, di risoluzione da parte di un terzo di conflitti che avrebbero potuto essere a priori risolti formalmente da un giudice tradizionale”²⁵, sottolineando così come i casi trattati debbano essere solo quelli che altrimenti sarebbero stati trattati dalla giustizia tradizionale - quelli e non altri.

La coesistenza di una versione giudiziaria della mediazione e di pratiche comunitarie autonome, per realizzare le quali è però necessario controllare le forze istituzionali e corporative, è comunque considerata possibile da Faget nell’ottica di un diritto relativo che renda conto della pluralità delle regolazioni giuridiche che esistono vicino al diritto formale²⁶.

Ciò che viene auspicato è una vera e propria rivoluzione culturale, grazie alla quale sia possibile giungere ad identificare chiaramente le funzioni, da una parte, di «una giustizia trascendente che giudica, che separa, che ordina lo spazio sociale, una giustizia che deve farsi rara e di qualità per mantenere la propria potenza simbolica», dall’altra, di «ordini giuridici comunitari che riconciliano, riuniscono, assicurano la permanenza del legame sociale»²⁷.

Vogliamo infine riprendere le osservazioni di Antoine Garapon, che insiste proprio sul fatto che la distinzione tra giustizia tradizionale e mediazione non sta né nella forma, che comprende un dibattimento, la presenza di un terzo, e così via, né nell’oggetto che è comunque la ricerca del giusto, ma altrove²⁸.

Riprendendo, pur con le riserve necessarie alla trasposizione di tale distinzione alla società moderna, l’antica opposizione tra *Themis* e *Dike* - la prima come «giustizia intra-familiare, la legge che castiga chi ha alzato le mani su di un altro membro del gruppo, caratterizzata spesso per mezzo della doppia interdizione fondamentale dell’incesto e del parricidio, la dimensione verticale, morale per eccellenza, la dimensione sacrale»; la seconda come «diritto interfamiliare, quello che regola le relazioni tra persone che non condividono la stessa religione familiare, che non sono membri dello stesso gruppo, la dimensione orizzontale del contratto, della composizione»²⁹ - Garapon sostiene che non si può parlare di giustizia senza operare questa distinzione fondamentale: si crede di parlare della stessa cosa e si sta invece parlando di cose differenti.

Ciò che riguarda la *Dike*, propone Garapon, secondo il modello del contratto, può trovare la sua soluzione sia attraverso la mediazione che attraverso la giustizia tradizionale: la reciprocità tra due parti può essere ristabilita sia direttamente che per mezzo di regole prestabilite e di un rituale che ricordi la trascendenza della legge. Ciò che riguarda la *Themis*, invece, può essere trattato solo attraverso la giustizia

²⁵Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, Paris 1988.

²⁶Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, Paris 1991.

²⁷J. Faget, 1993, *op. cit.*, p. 232.

²⁸A. Garapon, 1992, *op. cit.*

²⁹A. Garapon, 1992, *op. cit.*, p. 43.

tradizionale³⁰. Ciò che in quest'ultimo caso la vittima reclama è che sia messa fine all'ambivalenza, all'incertezza etica, indicando pubblicamente e ufficialmente l'aggressore. «Affermare la riprovevolezza dell'atto, definire la condotta di un soggetto, sono funzioni essenziali della giustizia», ci ricorda Garapon: «nella mediazione le due parti mantengono la possibilità di qualificare la situazione come esse stesse la percepiscono. Il confronto con la giustizia, invece, è l'occasione di imporre al soggetto il senso comune proclamandolo ufficialmente e spogliando il soggetto stesso del significato particolare che egli gli attribuiva³¹».

La vera sfida che la mediazione lancerebbe alla giustizia sarebbe quindi quella di impegnarsi a ritrovare la sua legittimità, tornando finalmente a ricoprire, contro l'inflazione normativa degli ultimi anni, il ruolo che le è proprio - e non avrebbe mai dovuto cessare di essere il suo - di enunciatrice di una parola legittima, ufficiale e strutturante: «lungi dal fare concorrenza alla giustizia, la mediazione concorrerà forse a salvare il diritto, permettendogli di conservare il suo spessore, indicando più chiaramente qual è il suo ruolo»³².

* Pubblicato in *Sociologia del diritto*, XXVI/1999/2, pp.81-93

³⁰L'esempio riportato da Garapon è che una crisi coniugale può essere risolta tramite mediazione, mentre un affare di incesto o di maltrattamento a minori non potrà esserlo.

³¹A. Garapon, 1992, *op. cit.*, p. 46.

³²A. Garapon, 1992, *op. cit.*, p. 47.