

CLAUDIUS MESSNER

MEDIAZIONE PENALE E NUOVE FORME DI CONTROLLO SOCIALE^{*}

1. La politica criminale come politica di sicurezza interna e prudenzialismo come habitus del privato – 2. Vittimità, sicurezza e esigenza di una risposta al rischio ‘vittima’ sociale e democratica – 3. La mediazione penale come teatralizzazione statale-penalistica dell’urgenza di giustizia – 4. Il ritorno di posizioni conservatrici in una politica criminale orientata alla vittima – 5. La riproduzione di un’immagine riduttiva e oggettivistica della vittima nelle pratiche di mediazione – 6. La mediazione come riproduttrice dell’immagine tradizionale della criminalità – 7. La mediazione come istanza di legittimazione di un diritto penale simbolico

1. La politica criminale come politica di sicurezza interna e prudenzialismo come habitus del privato

Rischio, pericolo e sicurezza sono le quintessenze della comunicazione sui problemi della società attuale, della società tardomoderna del rischio. Nelle condizioni in cui la percezione e la gestione del “rischio” diventano principi strutturali della vita sociale e politica, anche il controllo sociale è mediato dal discorso del rischio. Ciò ha provocato tutta una serie di cambiamenti nella percezione pubblica, nelle teorie della criminalità, nelle politiche statali e nella struttura del sistema della giustizia penale [cfr. C. Messner, 2000].

La politica criminale intende sé stessa come politica di “sicurezza interna”, il cui compito non è più rinvenibile nel rafforzamento della coesione sociale, ma che si accontenta piuttosto di descrivere, pronosticare e controllare il comportamento di popolazioni statistiche. Il problema sono allora le costellazioni di rischio.

Mentre il mutamento fondamentale del controllo sociale non si realizza all’interno, ma all’esterno del sistema della giustizia penale, il controllo sociale statale non può più basarsi solamente sulle strategie politico-criminali dello Stato sociale e del benessere. Esso reagisce contraddittoriamente con un misto di strategie pragmatico-adattive e punitivo-difensive, laddove il significato relativo e il ruolo di tecniche sociali diverse dipende dai programmi politici specifici di volta in volta dominanti. Fintanto che nuove e tradizionali strategie stanno tra di loro in un rapporto di complementarità, la politica criminale intesa come gestione del rischio “criminalità” non è del tutto scivolata dallo Stato al mercato, ma può ben dirsi nel suo orizzonte normativo.

L’oggetto delle nuove tecnologie sociali non è più l’individualità del trasgressore e il suo trattamento; esse si indirizzano piuttosto alle vittime potenziali, alle situazioni di vulnerabilità e a quelle routine quotidiane che producono occasioni criminali come effetti collaterali indesiderati. Assistiamo ad una transizione dall’individuo ad aggregati statistici che hanno in comune solo una caratteristica rilevante: rappresentano un rischio per “la collettività”. Se chiunque è potenzialmente un reo, sarebbe assurdo cercare di eliminare la devianza mediante cambiamenti del comportamento. La valutazione del comportamento rischioso è indifferente nei confronti delle intenzioni. Il controllo di tale comportamento tende solo all’immunizzazione degli spazi fisici e sociali. “Al cuore” dei nuovi modelli di “ge-

^{*} Il presente lavoro è stato presentato presso l’Università di Padova il 29 gennaio 2000, in uno degli incontri seminariali organizzati nell’ambito della ricerca CNR *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale nella seconda metà del ventesimo secolo*, diretta da Alessandro Baratta e Massimo Pavarini. Il seminario è stato promosso dall’unità operativa n. 3 *La dimensione simbolica della criminalità e del sistema di giustizia penale*, responsabile scientifico Prof. Giuseppe Mosconi, Università di Padova.

stione del reo” sta “una filosofia che considera la sicurezza pubblica, la protezione della vittima, e la riparazione per le vittime i massimi obiettivi... il cliente è la comunità” [K. English, S. Pullen, L. Jones, 1997, 3].

La sicurezza, concepita sempre negativamente, deve essere prodotta mediante tecniche attuariali: non come effetto di un ordine sociale che tende alla giustizia, ma come processo di eliminazione o riduzione dei danni che in ogni caso vuole “*impedire (...) il peggio*” [U. Beck, 1986, 65]; non attraverso l’analisi delle condizioni sociali della criminalità, ma attraverso la gestione economica del suo “contenimento”; non attraverso l’eliminazione della disintegrazione e della deprivazione, quanto secondo il principio dell’ottimizzazione degli effetti e della minimizzazione dei costi. Tale concetto di sicurezza non descrive una vita civile “sicura”, vale a dire senza preoccupazioni, come una vita legata alla possibilità di partecipare alla ricchezza e alla molteplicità di rapporti. Il modello è quello della noncuranza dell’armatore che sa che la sua assicurazione risarcirà qualunque tipo di danno.

L’impostazione attuariale non si basa più su strategie statali di normalizzazione, ma sul principio del prudenzialismo privato, che non si indirizza a fini comuni, ma a interessi particolari e obiettivi limitati. Al singolo stesso si assegna la responsabilità per la propria sicurezza: “*Don’t make it easy for the criminal!*” dovrebbe valere a livello locale, e il singolo, la vittima potenziale, dovrebbe farsene carico per motivi di pura autoconservazione. Ma se la sicurezza si trasforma in un affare privato, il singolo partecipa alla produzione del nuovo ordine postmoderno. Certamente qui non si tratta più di intenzioni, di comportamenti di fatto e di responsabilità individuale, quanto di stima preventiva di comportamenti rischiosi. Gli attori sono soggetti solo in quanto punti di attribuzione, definiti come individui unicamente sulla base della loro appartenenza a dei *clusters* statistici. Sono elementi in collettivi matematici che non sono tenuti insieme né da valori comuni né dall’esperienza collettiva. I membri di tali classi hanno in comune solo caratteristiche formali: l’entità del conto bancario o la data della prima registrazione nel casellario giudiziale, il tipo di permesso di soggiorno o il risultato di un test HIV. Tali caratteristiche descrivono con evidenza altro rispetto al comportamento individuale. Importante è la loro funzione sociale simbolica d’identificazione, classificazione e raggruppamento dei “consumatori di sicurezza”.

Se si evita l’imputazione individuale di responsabilità e se le riflessioni politico-morali generali non giocano alcun ruolo, i rapporti umani, secondo alcuni autori, sono demoralizzati [Z. Bauman, 1999, 45] da tale controllo “postsociale” e i conflitti sociali sdrammatizzati. Se l’agire non è più inserito in una storia e non può più essere esperito e comunicato come parte di un avvenimento sociale denso di significato, questo si presenta come una successione casuale di episodi perdendo quindi ogni senso che vada al di là della pura autoconservazione. Ma solo a prima vista le tecniche attuariali possono essere considerate amorali [F. Ewald, 1993] così come non si può ridurre la politica della gestione del rischio (*risk-management*) solo ad un complesso di tecniche strumentali.

Al contrario, è qui che esplica la sua funzione un discorso sulla vittima che consente la comprensione di eventi e azioni come dramma. Dietro la nuova retorica della pena (*just deserts*) e la crescente punitività associata all’identificazione degli autori “veramente pericolosi”, di certo non si nasconde tanto il tentativo atavico di salvare la piattaforma di un comune sistema di valori. Si tratta piuttosto di strumenti per intensificare la drammatica messa in scena [L. Wacquant, 1999] che persiste eroicamente, a fronte della crescente complessità sociale, sul *law and order*.

Il neoliberalismo conduce una crociata in nome del “mercato libero” e della reinvestitura dell’individuo moralmente responsabile: contro il *welfare*, gli interessi collettivi e la dipendenza sociale e in favore dell’individuo imprenditore che sa gestirsi privatamente, senza però rifiutare un regime attuariale. Anzi, il *risk-management* è desiderato – nella misura in cui si rispettino le regole di gioco: “*Non fare nulla di stupido. Non allontanarsi troppo dalle procedure*” [M. Werner, 1992, 57].

Ma in cosa consista quel “qualcosa di stupido”, e quando esattamente l’allontanamento dalle procedure riconosciute si riveli “troppo” grande, dipende nuovamente dalla situazione: dal “successo” o da un danno. Perciò il singolo, invece di dipendere dalla sicurezza sociale, deve ponderare “prudentemente” i potenziali profitti del suo agire con i possibili rischi. Quanto più pensa nei termini della logica costi/benefici, quanto più ‘imprenditore’ si dimostra nel proprio agire, tanto più efficace sarà la rete di sicurezza. Prudenzialismo è l’*habitus* del privato la cui prassi quotidiana consiste nella gestione del rischio.

Secondo i criteri del calcolo attuariale l’irresponsabilità sarebbe irrazionale: lo Stato, semmai, deve procurare al privato questa convinzione fornendogli le informazioni e le risorse necessarie per il *risk-management*. Se i rischi sono noti, calcolabili e individualmente gestibili, allora appare moralmente riprovevole dipendere dagli altri, dalla società o dallo Stato. Il prudenzialismo, quindi, non è una mera privatizzazione del *risk-management*. La rinascita del soggetto liberale autonomo svincolato da tutti i legami con il mondo della vita e da tutti gli impegni civili muta la struttura dei rapporti fra cittadini, del cittadino con lo Stato e con le istituzioni; essa opera una metamorfosi del nesso moderno tra politica, diritto e società. Punto di riferimento non è più la libertà individuale e politica [D. Frehsee, 1999], quanto il consumo privato, l’efficienza economica e l’accumulazione di capitale finanziario.

Per quanto riguarda i cittadini, la forma sociale situazionale della prevenzione come *risk-management* implica una riorganizzazione della quotidianità in tutti i settori sociali [cfr. C. Messner, 2000].

Per quel che concerne lo Stato, evidentemente questo non è in grado di governare e di legittimare le società tardomoderne. I sistemi di sicurezza esistenti si rivelano obsoleti, dal momento che i rischi non sono delimitabili, imputabili, compensabili. Misure amministrative, principi etici o giuridici, categorie come responsabilità e colpa si rivelano inadeguati nella gestione locale del “rischio criminalità”. Il diritto presuppone la minaccia individualizzabile, non il calcolo di probabilità. Gli interventi penali hanno bisogno di un attore come centro di imputazione. Disponibilità, controllo, imputabilità, in sintesi: certezza del rischio, questa è la pretesa verso lo Stato sociale e del diritto! A questa esigenza esso non può rispondere: non esiste una garanzia di sicurezza, semplicemente perché non ci può essere certezza degli avvenimenti futuri. Ma se la sicurezza come contrapposta a rischio è una finzione sociale [N. Luhmann, 1992, 6], allora la gestione simbolica del rischio sarà più vitale del suo superamento reale.

Lo Stato reagisce al dilemma della legittimazione con una politica di responsabilizzazione dei cittadini. Con *slogan* quali “*help for selfhelp*” si organizzano campagne con l’intento di produrre coscienza del rischio e senso del dovere; nelle *safer cities* si creano, mediante moltiplicatori adeguati, delle “reti di sicurezza”, “cooperazione” e “partner di sicurezza”. Tutto ciò rafforza il messaggio secondo il quale non è e non può essere solo lo Stato responsabile per la prevenzione e il controllo della criminalità [M. Pavarini, 1999]. Si sviluppa in questo modo un sistema basato sulla divisione del lavoro tra “risorse regolative” eterogenee, in cui le classiche funzioni statali non sono semplicemente delegate (“privatizzazione”), ma messe da parte e reindirizzate, nel senso di un controllo indiretto, verso la programmazione e la cooperazione con i privati [P. O’Malley, 1996; D. Frehsee, 1999]. Se dunque i tentativi di adattamento portano di fatto ad un rapporto complementare tra funzioni tradizionali e nuove funzioni, la rappresentazione dello Stato, intesa come tutela primaria e generale della sfera pubblica, viene minata alla base. Il mito fondatore dello Stato moderno è così doppiamente minacciato.

Quanto alle istituzioni, infine, l’*ethos* di economia ed efficienza fornisce apparentemente nuovi criteri di legittimità e crea nuove relazioni e cioè relazioni di consumo: tutti sono consumatori, tanto gli

autori di reati quanto le vittime potenziali, ma anche le reali “vittime della criminalità” che, popolando come “rei” le carceri o rivendicando, come “vittime”, i propri diritti, determinano in base ai propri bisogni la domanda di sicurezza. Di tale domanda, e non dei ‘beni pubblici’ o di un astratto ‘bene comune’, devono farsi carico le istituzioni: *“la linea di fondo (...) non deve cambiare: prima di tutto, la sicurezza pubblica e della vittima”* [K. English, S. Pullen, L. Jones, 1997, 9]. Ma, nell’attribuzione della responsabilità ai clienti, si sposta l’orizzonte normativo di diritto, politica e società. Anche le istituzioni vogliono ora essere misurate secondo parametri organizzativi immanenti, e non più essere valutate in base al mandato che emerge dalla costituzione giuridica propria del progetto moderno: alla garanzia della libertà civile come conquista si sostituiscono le percentuali dei casi trattati. *“La promessa di creare per tutti i cittadini ‘diritto e ordine’ e sicurezza viene sempre più sostituita dalla promessa (...) di applicare la pena giustamente, in modo efficiente ed economico”* [D. Garland, 1996, 459]. Ciò non solo comporta che non esista più un livello unitario di sicurezza prodotto dallo Stato. Conseguenza di questo scorporamento delle istituzioni dal loro fondamento di legittimazione è anche la scissione delle idee di diritto e di solidarietà.

Ad ogni modo, le ineguaglianze nella distribuzione di sicurezza sono, ad un tempo, effetto e presupposto della responsabilizzazione, dal momento che esse costituiscono le condizioni generali della politica socio-economica e dei mutamenti strutturali del mercato del lavoro e della stratificazione sociale. Se la concezione tradizionale era quella secondo cui il problema criminalità sarebbe stato risolto eliminando povertà e condizioni di vita indegne e creando giustizia sociale, oggi manca del tutto un programma per un cambiamento sociale progressivo. Non è tema della politica criminale il superamento della disuguaglianza sociale: essa si riduce ad una strategia per gestire le conseguenze dello *status quo* dell’organizzazione sociale.

2. Vittimità, sicurezza e l’esigenza di una risposta sociale e democratica al rischio ‘vittima’

La trasformazione dei conflitti intra- e interindividuali nel rituale di delitto, pena e vittima, acquista in tal contesto il suo significato. Non solo perché essa spiega rischi e pericoli come risultato di un comportamento individuale sbagliato riuscendo, in tal modo, a ricreare un minimo di quella certezza delle aspettative che il postmoderno sembra aver smarrito nonostante tutte le sue certezze radicali e selvagge. La funzione di questa trasformazione consiste nel tradurre, mediante *routine* simboliche e cerimoniali, il comportamento individuale in un comportamento rituale modellato e prevedibile che a sua volta – al pari di un incosciente e involontario *“vecchio parente del calcolo razionale”* [H.-G. Soeffner, 1988, 524] – si presta a confermare socialmente i modelli di orientamento esistenti e a rafforzare l’ordine esistente.

Il punto di partenza per la discussione delle cinque tesi seguenti sulla mediazione penale è che, nel passaggio alla società globale, il ruolo della vittima è descritto in maniera insufficiente se ci si riferisce alla ‘politica di vittimizzazione’. Bisogna invece parlare di vittimità [C. Messner, 2000]. Con tale neologismo vogliamo indicare un gioco linguistico, un modello culturale preconstituito prodotto, acquisito e imitato nelle pratiche sociali. Dal punto di vista sociologico si potrebbe parlare di un’istituzione sociale nel senso di una pratica sociale che, strutturata da norme e significati condivisi, stabilisce le procedure da osservare per la risoluzione di problemi collettivi. Questo modello culturale esplica i suoi effetti proprio in tempi di crisi, nella misura in cui concilia le ridotte capacità di controllo delle istituzioni tradizionali con le tendenze regressive degli individui, finendo così con l’appoggiare l’ordine sociale gerarchico. Descriveremo, di seguito, la mediazione penale come elemento di questo gioco linguistico. Il punto di vista da cui scaturisce tale descrizione è frutto delle seguenti riflessioni.

Sicurezza, il tema che oggi domina il discorso pubblico, è un concetto mutevole [cfr. W.-D. Narr, 1997]. Il problema risiede, da un lato, nella difficoltà di determinare questo concetto, difficoltà data dal fatto che esso comprende una varietà di dimensioni intrecciate in parte in modo contraddittorio [F.-X. Kaufmann, 1970]. D'altro canto, il problema deriva dal fatto che la sicurezza, come abbiamo notato, nella società del rischio e ancor più nel quadro di un diritto penale che si autodefinisce come "diritto penale della sicurezza interna", si caratterizza sempre di più per il fatto che le sue esigenze vengono a contrapporsi al mantenimento delle libertà civili.

In linea di massima, non vi è altra sicurezza se non quella riferita ai contesti dell'agire, in cui il suo problema emerge, e la sua relativa realizzazione è così precaria e transitoria come l'agire e il parlare sono in sé stessi illimitati e sconfinati [H. Arendt, 1981]. Da un punto di vista epistemologico, non esiste una sicurezza assoluta; se esistesse, una società democratica non la potrebbe volere, perché essa deve insistere proprio sulle insicurezze frutto di un'agire pratico-attivo. La società democratica considera queste insicurezze come *chances* della soggettività e come condizione di ogni pluralità.

Gli interrogativi da porre ad una società che voglia promuovere condizioni di libertà sono pertanto: che tipi di sicurezza vengono tematizzati pubblicamente, chi li definisce, esistono diversi interessi alla sicurezza, quali istituzioni producono sicurezza, come viene distribuito il bene sicurezza fra i membri della società?

Se ora consideriamo il discorso pubblico sulle minacce alla sicurezza, salta subito agli occhi che raramente si parla delle cause sociali indirette d'insicurezza. La richiesta di sicurezza non viene tematizzata innanzitutto come esigenza di una "*cultura attiva*" [A. Gramsci, 1996, 217], anzi, rimane del tutto marginale l'aspetto della promozione o della limitazione sociale delle capacità del singolo a comprendere sé stesso e la realtà sociale, ad agire in conseguenza di ciò in modo autocosciente e, in tal senso, ad autodeterminare la propria vita. Il discorso pubblico si concentra piuttosto sulle cause dirette dell'insicurezza: atti violenti, infrazioni alla legge, garanzie di sicurezza dello Stato.

Lo strumento per eccellenza contro l'insicurezza, posto a tutela dei fondamenti della libertà individuale attraverso l'esercizio di potere sia da parte di altri cittadini che da parte dello Stato, è nello Stato di diritto moderno il diritto penale. La domanda, se e come questo assolva o possa assolvere a questo compito, è aperta e per il momento può rimanere tale. Un procedimento di mediazione, comunque, che voglia ampliare, estendere e se possibile sostituire la tutela penale, nella misura in cui offre spazio alla dimensione sociale dei conflitti, deva andare al di là della mera funzione difensiva dell'intervento penale verso la dimensione di uno Stato di diritto democratico che intende per garanzia di libertà il mantenimento delle "*concrete possibilità di sviluppo dei singoli*" in condizioni di disuguaglianza sociale [E.-W. Böckenförde, 1976, 336]. Se è in grado di fare ciò, allora deve suscitare interesse una mediazione che voglia contribuire alla protezione delle vittime, cioè a rafforzarne la posizione giuridica e che voglia al contempo prevenire la vittimizzazione. La domanda è quindi se la mediazione penale sia o meno "*una procedura democratica di produzione del diritto*" nel senso del consolidamento delle condizioni di libertà del singolo in una società costituita politicamente e giuridicamente [W. Schild, 1995, 174]. Dalla mediazione si esige una risposta al rischio "vittima", risposta che è sociale nella misura in cui non riduce la vittima alla sua definizione legalistica restrittiva, ma prende in considerazione anche le vittime delle strutture di potere e delle condizioni di vita, e che è democratica, perché non porta alla stigmatizzazione e all'esclusione del "reo". Può la mediazione come procedimento penale dare questa risposta?

I tesi. La mediazione penale non è una regolazione privata del conflitto, ma una teatralizzazione statale-penalistica dell'urgenza di giustizia.

Partendo dall'assunto dell'inadeguatezza delle procedure formali di risoluzione di conflitti, la mediazione mira ad una regolazione degli stessi di tipo consensuale, ovvero ad una regolazione extra-giudiziaria. In generale, per mediazione s'intende, secondo una definizione corrente, il mediare un conflitto con l'obiettivo di un accordo, la cui particolarità consiste nel fatto che le parti ricercano, con l'appoggio del mediatore, spontaneamente e sotto la propria responsabilità, una soluzione leale e giuridicamente vincolante in base alle loro condizioni giuridiche, economiche, personali e sociali e ai loro interessi. Da tale procedura deve risultare un'accettazione dell'accordo raggiunto più ampia di quella che risulterebbe dall'imposizione di una decisione [cfr. D. Stempel, 1998].

Ma la dimensione della giustizia, nella "giustizia restaurativa" (*restorative justice*) del diritto penale, è ritagliata unicamente sugli "interessi della vittima". Qui non si tratta affatto del caso in cui "*partner contraenti, sulla base dell'autonomia privata, possono determinare in prima persona*" [W. Kargl, 1999, 112], se giungono ad una 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 dei ruoli non è più in discussione, quando la mediazione inizia essa non è che un rituale o, se si preferisce, un cerimoniale con un finale prestabilito. Essa non esegue nient'altro che "*il programma statale alla moda di prevenzione criminale orientata alla vittima*" [P.-A. Albrecht, 1993, 84], la cui rapida diffusione ha contribuito al *boom* della mediazione. Necessariamente accompagnata da una minaccia, la mediazione penale è senza dubbio una sanzione e va definita e compresa come pena [W. Schild, 1995, 166].

Nel quadro dell'attuale politica criminale, la mediazione assume quindi un ruolo congruente e complementare alla logica attuariale sopra descritta: congruente, perché alla logica strumentale che mette da parte gli individui ed è interessata unicamente al controllo di gruppi e situazioni, aggiunge un ragionamento morale che fa appello a rei e vittime concrete quali diretti coinvolti, il che significa che fa richiamo alla loro responsabilità (e anche al loro risentimento). Con ciò, il gioco del prudenzialismo può svilupparsi anche nella mediazione: la "*privatizzazione della questione della restituzione*" [S. Walther, 1999, 126] 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 le caramelle nel caso in cui le parti pervengano ad una soluzione "autonoma"; nel caso contrario tiene ferma la minaccia.

La complementarità invece risiede nel fatto che, mentre la logica attuariale non si orienta più alle vittime e ai rei attuali, quanto a quelli potenziali, la mediazione ha a che fare solo ed esclusivamente con vittime e rei diretti, attuali, reali. Essa tratta di loro come individui privati e non di tutti i possibili coinvolti da un'infrazione giuridica, non di tutti coloro che vivono in un rapporto giuridico socialmente costituito: nella mediazione non si tratta del coinvolgimento dei cittadini.

Infatti, la funzione di questa restrizione del campo di osservazione basata sulla divisione del lavoro è la "diversione": si devia dalla discussione sulle possibilità e le 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. In riferimento alla clientela dominante di rei della mediazione, ovverosia i giovani adulti, si devia proprio dalla necessità di tutelarli particolarmente quali vittime potenziali e minacciate in modo sproporzionale [cfr. H.-J. Kerner, 1999, 41 ss.].

II tesi. L'orientamento alla vittima produce paradossi nel diritto penale e posizioni conservatrici nella politica criminale.

Contrariamente a ciò che fa credere la retorica del movimento delle vittime, allorché 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 costituisce già da lungo tempo *“il punto di orientamento decisivo del diritto penale”* [K. Seelmann, 1989, 670 ss.] – ma, si badi, non la vittima attuale quanto quella potenziale. Qui non gioca alcun ruolo il fatto che il compito del diritto penale, in riferimento ad una determinata vittima, sia quello di tutelare i suoi beni giuridici o, in termini più moderni, di consolidare la certezza delle sue aspettative. La perdita della posizione di soggetto della vittima attuale nella procedura penale non è fondata sull'orientamento al reo, quanto sull'intenzione dello Stato di de-drammatizzare e, formalizzandolo, di razionalizzare il rapporto fra reo e vittima, ciò che esso fa, nella misura in cui sottrae loro il diritto all'esercizio della violenza. L'esigenza di rafforzare la posizione giuridica della vittima (“essere ad armi pari con il reo”) e di reintrodurre il confronto personale è in diretta contraddizione con questa intenzione.

Il secondo paradosso riguarda il senso delle sanzioni: l'appellarsi alla “restituzione” da parte del reo è, dal punto di vista della vittima, logico e rispecchia i suoi interessi, ma si esaurisce altrettanto logicamente nell'ambito di questo interesse. L'orientamento alle vittime potenziali invece richiede di non far dipendere il tipo e la misura della ricompensa del reato dai bisogni “restaurativi” di una persona coinvolta direttamente, quanto di orientare il senso della sanzione, che costituisce retribuzione già in quanto re-azione, alla situazione della vittima potenziale, vale a dire alla difesa dei cittadini da una potenziale vittimizzazione e, in generale, al mantenimento di rapporti pacifici. Nella misura in cui questo senso della sanzione è già assolto dal procedimento stesso che di per sé è già lesivo della dignità del soggetto [cfr. W. Hassemer, citato in M. Kilching, 1999, 153], la pena potrebbe anche prescindere dall'infliczione di un male, senza intaccare per nulla la forza simbolica della sanzione.

Ma la riformulazione in chiave “restaurativa” del diritto penale conduce ad un ulteriore paradosso: se, da un lato, essa ha come obiettivo di migliorare la posizione giuridica della vittima, al contempo contribuisce alla dissoluzione del concetto penale di vittima nella misura in cui questo riorientamento in favore della vittima reale va a scapito della vittima potenziale.

Al riguardo, la mediazione si richiama alla promessa di poter rendere visibile come conflitto di interessi, come conflitto reale, uno schema vago e formalistico di contrapposizione tra reo e vittima.

III tesi. La mediazione, insistendo sulla soggettività e sull'esperienza del rapporto, riproduce un'immagine riduttiva e oggettivistica della vittima.

Infatti, la mediazione sostituisce all'astrazione giuridica, alla distinzione giuridico-formale di “reo” e “vittima”, una finzione sociologica regressiva, 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 di reo e vittima, questa volta però su un livello di scienze della realtà.

È vero che la costruzione giuridica della fattispecie deriva dall'astrazione dal contesto sociale della sua origine; vero è anche che 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, non è giusta la conclusione contraria secondo la quale *“alle classiche interpretazioni del reato”* [S. Walther, 1999, 130] come delitto o pericolo basterebbe solo aggiungere il lo-

ro contesto interattivo e considerarle così “*anche come accadimenti sociali traumatici*” per poter far emergere “*il conflitto reale che si cela in ogni delitto*” [S. Walther, 1999, 131].

IV tesi. La mediazione, orientata ad un concetto di vittima oggettivistico, riproduce l'immagine tradizionale della criminalità.

Evidentemente 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. In questo modo, con una vittima diretta, concreta e palpabile, evoca e conferma l'immagine tradizionale della criminalità, che produce selettività e discriminazione rispetto 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 fra reo e vittima.

Mentre il reo designato, nella mediazione, non può essere vittima, sappiamo bene che la vittima tipica dei reati contro la persona non si differenzia di molto, nel suo profilo, dalla descrizione del reo tipico: entrambi sono maschi, giovani, abitanti di una città, di basso livello socio-economico, disoccupati e celibi. In effetti, il passaggio dallo *status* di reo a quello di vittima sembra meno praticabile del percorso inverso. Hans-Jürgen Kerner [H.-J. Kerner, 1999, 41 ss.] riferisce – sulla base di una analisi specifica del *National Youth Survey*, uno studio rappresentativo statunitense a lungo raggio i cui dati (un campione di n=1700) coprono un arco di tempo che va dal 1976 al 1990 – che circa “*il 55% dei ragazzi in età compresa tra gli 11 e i 13 anni*” si rivela “*vittima-reo*” [H.-J. Kerner, 1999, 42], vale a dire che in un anno è stato sia vittima che reo; questa percentuale diminuisce continuamente per assumere un *trend* contrario intorno ai 29 anni. Se viceversa si analizza la prevalenza di vittime fra i rei, risulta che la maggior parte dei rei è stata anche vittimizzata: il 71% nella fascia di età di 11 anni e, nella fascia di età dai 29 in su, ancora una percentuale di circa il 54%.

La realtà della vittimità, non diversamente dalla realtà della criminalità, è dovuta a processi di costruzione intersoggettiva. L'evidente difetto dell'immagine tradizionale di reo e vittima è quello di non voler rappresentare posizioni nella struttura delle relazioni sociali, quanto piuttosto qualità degli attori. Quest'immagine presenta il reo come malato, pazzo o malvagio, in ogni caso come decisore forte, mentre la caratteristica fondamentale della vittima “*innocente*” è la sua “*debolezza multipla*” e, per lo più, la potenza passiva che si rivela in un'elevata capacità di sofferenza [D. Fabricius, 1998, 475]. Queste attribuzioni simmetriche 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 e 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 la violenza [C. Messner, 1996]. In breve, 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*” [C. Messner, 1996, 109] che non s'identifica necessariamente con il diritto: i terzi determinano “*se si tratta di un reo e di una vittima nonché la dignità della vittima la quale giustifica il sacrificio del reo*” [D. Fabricius, 1998, 473] liberando in tal modo entrambi gli attori (e la comunità stessa) dalla violenza minacciosa del conflitto.

V tesi. La promessa della mediazione s’inserisce in una “politica della vittimizzazione” caratterizzata dal ripiegamento su posizioni conservatrici e serve alla legittimazione di un diritto penale simbolico.

Il mantenimento dell’immagine tradizionale si rivela 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, di *“tutte le posizioni”* come ben sottolinea Fabricius [D. Fabricius, 1998, 471], crea vantaggi e occasioni per altri attori: 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 [O. De Leonardis, 1998]. 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 esistenti.

La mediazione come *“terza corsia nel diritto penale”* si caratterizza per il fatto che: a) essa non è formalizzata secondo i canoni dello Stato di diritto; b) le innovative conseguenze giuridiche che essa pretende di produrre non sono state dimostrate da nessuna teoria della criminalità o teoria della prevenzione [cfr. H.-J. Kerner, 1999, 45-52]; c) essa, nella prassi dell’azione penale e in quella giurisprudenziale, fino ad oggi si è rivelata di poca importanza e, a tutt’oggi, non è riuscita ad uscire dalla *“posizione marginale”* che ricopre [cfr. H.-J. Kerner, 1999, 27, 32, 45]. Ciò significa – se ci riferiamo concretamente all’esempio dello Schleswig-Holstein, uno dei pochi Land tedeschi in cui la mediazione è stata introdotta sull’intero territorio (e dove addirittura la polizia, autorizzata dalla procura, può avviare *“con competenza propria una piccola procedura mediatoria”*!) – che *“su circa 140.000 istruttorie, 950 casi sono stati composti”* grazie alla mediazione e ciò, come lo stesso procuratore generale a ragione sottolinea, *“sta ad indicare la sua importanza”* [E. Rex, 1999, 98-100]. È del tutto evidente, come c’era da aspettarsi, che su tutto il territorio nazionale la domanda fa seguito ad una maggiore offerta, così che la procedura, alla fine degli anni ’90, viene applicata più frequentemente di prima (anche se nelle statistiche giudiziarie della Repubblica federale tedesca non si rileva alcun dato relativo alle procedure mediatorie [cfr. W. Heinz, 1999, 467, 503]). Ma, ciò nonostante, non può parlarsi di mutamento di prospettiva della prassi dell’azione penale.

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”* [H.-J. Kerner, 1999, 27]. 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 dinanzi a problemi sempre più stringenti di applicazione del diritto. Il continuo rimando alla percentuale di procedure mediatorie 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 – come dice Kerner nella sua calzante formulazione ambivalente – un *“affare di massa”* [H.-J. Kerner, 1999, 32], in cui la massima del *“funzionamento efficiente”* della giustizia penale si è trasformata in uno *slogan* contro gli imputati [W. Kargl, 1999, 101]. 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, perché i casi possano in assoluto essere decisi, a decidere in base agli atti [H.-

J. Kerner, 1999, 33]. 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 spesso si presenta come fornitore di nuovi prodotti e di nuovi servizi [W. Naucke, 1999, 353]. Entrando in concorrenza e cooperazione “*a livello paritario con la S.R.L. privata della prevenzione*” [W. Naucke, 1999, 343] i suoi obiettivi, come abbiamo detto, non sono più rei e vittime individuali, quanto 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*” [W. Naucke, 1999, 347, corsivi miei; cfr. W. Kargl, 1999].

Il risultato sostanziale di questi mutamenti non è tuttavia la diminuzione delle procedure formali [W. Heinz, 1999, 480], quanto l’“*autonomizzarsi delle procedure istruttorie*” [W. Naucke, 1999, 349] e la rivalutazione della procura come istanza di sanzionamento [W. Heinz, 1999, 467 ss., 483]. Come è stato dimostrato da Heinz sulla base delle statistiche giudiziarie tedesche, l’aumento (si passa da circa 1,7 milioni a 2,2 milioni d’istruttorie) della criminalità registrata e scoperta dalla polizia negli anni dal 1981 al 1997, non è stato trasmesso da parte delle procure “*ai tribunali per il giudizio e per la condanna, ma (...) è stato pienamente assorbito con misure procedurali di decriminalizzazione, di cui quasi tre quarti mediante sospensione incondizionata (...). Il principio di legalità (...) come principio dell’accusa, non esiste più nella realtà del diritto*” [W. Heinz, 1999, 499, corsivi miei]. E dal momento che, nel diritto penale generale, la condanna per ordinanza penale, quindi senza la procedura dibattimentale, è diventata la regola, anche “*il principio del diritto di procedura penale tedesco, secondo cui la pena può essere inflitta solo sulla base di un dibattimento orale*”, non corrisponde più alla realtà del diritto [W. Heinz, 1999, 500]. Assistiamo dunque, in tutta evidenza, ad un mutamento che elimina nel processo la separazione dei poteri fra istruttoria e giudizio [cfr. W. Kargl, 1999, 109].

In generale, la conclusione che si può evincere da questo rapido schizzo sul contesto attuale della mediazione nel sistema della giustizia penale si può così riassumere: il diritto penale non controlla più il potere statale, ma esaudisce i bisogni statali di regolazione; il diritto non è più considerato come *ultima ratio*, ma, dagli inizi degli anni ’80, si è trasformato in uno strumento di lotta al crimine. In tal modo, il legislatore viene esonerato dal compito di una decriminalizzazione giuridico-materiale, la politica è esonerata dalla responsabilità di dover cambiare le strutture ineguali del potere, del benessere e della sicurezza. Le istituzioni ne traggono un doppio profitto, perché nella misura in cui riescono a giustificare il dominio paternalistico sulla vittima e l’intervento repressivo nei confronti del reo, rinsaldano il loro fondamento di legittimità e la loro violenza simbolica.

Riferimenti bibliografici

- ALBRECHT Peter-Alexis (1993), *Strafrechtsverfremdende Schattenjustiz: zehn Thesen zum Täter-Opfer-Ausgleich*, in *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65 Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Köln, pp. 81-90.
- ARENDET Hannah (1981), *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, Piper, München.
- BAUMAN Zygmunt (1999), *Unbehagen in der Postmoderne*, Hamburger Edition, Hamburg.
- BECK Ulrich (1986), *Risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt.
- BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang (1976), *Staat Gesellschaft Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt.
- DE LEONARDIS Ota (1998), *In un diverso welfare. Sogni e incubi*, Feltrinelli, Milano.

- ENGLISH Kim, PULLEN Suzanne, JONES Linda (1997), *Managing Adult Sex Offenders in the Community – A Containment Approach*, National Institute of Justice, Washington.
- EWALD Francois (1993), *Der Vorsorgestaats*, Suhrkamp, Frankfurt.
- FABRICIUS Dirk (1998), *Besserer Opferschutz oder Überwindung der Opferschaft?*, in “Goldtammers Archiv f. Strafrecht”, nr. 10, pp. 467-487.
- FREHSEE Detlev (1999), *Verschwindet der Rechtsstaat?*, in “Neue Kriminalpolitik”, nr. 1, pp. 16-21.
- GARLAND David (1996), *The limits of the sovereign state. Strategies of crime control in contemporary society*, in “British Journal of Criminology”, XXXVI, 4, pp. 445-471.
- GRAMSCI Antonio (1996), *Passato e presente*, in *Id I quaderni*, a cura di Valentino Gerratana, 3.a ed. (1975), Editori Riuniti, Roma.
- HEINZ Wolfgang (1999), *Sanktionierungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland im Spiegel der Rechtspflegestatistiken*, in “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, CXI, 2, pp. 461-503.
- KARGL Walter (1999), *Kritische Anmerkungen zum Vertragsgedanken im Strafprozess*, in Christa Pelikan, a cura di, *Mediationsverfahren: Horizonte, Grenzen, Innensichten*, Nomos, Baden-Baden, pp. 93-115.
- KAUFMANN Franz-Xaver (1970), *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, Enke, Stuttgart.
- KERNER Hans-Jürgen (1999), *Verwirklichung des Täter-Opfer-Ausgleichs. Einsichten und Perspektiven anhand von Praxisdaten*, in Weisser Ring, a cura di, *Wiedergutmachung für Kriminalitätsoffer – Erfahrungen und Perspektiven*, Weisser Ring, Mainz, pp. 27-88.
- KILCHLING Michael (1999), *Diskussionsbericht: Was soll “Strafe”?*, in “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, CXI, 2, pp. 144-155.
- LUHMANN Niklas (1992), *Beobachtungen der Moderne*, Westd. Verlag, Opladen.
- MESSNER Claudius (1996), *Recht im Streit. Das Jugendstrafrecht, die alternativen Sanktionen und die Idee der Mediation*, Centaurus, Pfaffenweiler.
- MESSNER Claudius (2000), *Vittimità e prudenzialismo: nuove forme di controllo sociale fra individualizzazione e globalizzazione*, in corso di stampa.
- NARR Wolf-Dieter (1997), *14 Thesen zur Inneren Sicherheit*, in “Bürgerrechte & Polizei/CILIP”, LVII, 2, pp. 6-13.
- NAUCKE Wolfgang (1999), *Konturen eines nachpräventiven Strafrechts*, in “Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, LXXXII, 3, pp. 336-354.
- O’MALLEY Pat (1996), *Risk and Responsibility*, in BARRY Andrew, OSBORNE Thomas, ROSE Nikolas, a cura di, *Foucault and Political Reason. Liberalism, Neoliberalism and Rationalities of Government*, UCL Press, London, pp. 189-207.
- PAVARINI Massimo (1999), *Il governo delle città e il bene pubblico della sicurezza*, manoscritto.
- REX Erhard (1999), *Täter-Opfer-Ausgleich aus der Sicht der Strafjustiz*, in Weisser Ring, a cura di, *Wiedergutmachung für Kriminalitätsoffer – Erfahrungen und Perspektiven*, Weisser Ring, Mainz, pp. 89-102.
- SCHILD Wolfgang (1995), *Täter-Opfer-Ausgleich als Strafe*, in *Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag*, Schmidt-Römhild, Lübeck, pp. 157-174.
- SEELMANN Kurt (1989), *Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht*, in “Juristenzeitung”, nr. 14, pp. 670-676.

- SOEFFNER Hans-Georg (1988), *Rituale des Antiritualismus - Materialien für Ausseralltägliches*, in GUMBRECHT Hans Ulrich, PFEIFFER K. Ludwig, a cura di, *Materialität der Kommunikation*, Suhrkamp, Frankfurt, pp. 519-546.
- STREMPERL Dieter (1998), *Aussergerichtliche Konfliktlösung (Mediation)*, in "Zeitschrift für Rechtspolitik", CX, 8, pp. 319-322.
- WALTHER Susanne (1999), *Was soll "Strafe"? Grundzüge eines zeitgemässen Sanktionensystems*, in "Zeitschrift für Rechtspolitik", CXI, 1, pp. 123-143.
- WACQUANT Loic (1999), *Denunzieren statt reahabilitieren. In den USA stehen Sexualstraftäter lebenslang am Pranger*, in "Le monde diplomatique/WoZ", dicembre, p. 21.
- WERNER Manuel (1992), *The Great Paradox: Responsibility without Empowerment*, in "Business Horizons", XXXV, 5 (Sept.-Okt.), pp. 55-58.

Testo estratto da *Dei Delitti e Delle Pene* VII, 3 (2000), pp. 93-111