

I. LA MEDIAZIONE ALLA LUCE DELLE TEORIE ABOLIZIONISTE.

I. 1. IL PROBLEMA DELLA DISTANZA FRA CHI INFLIGGE E CHI SUBISCE LA PENA.

Nel 1965 fu eseguito da Milgram un esperimento di laboratorio con soggetti volontari: essi, definiti "guardie carcerarie", dovevano infliggere scariche elettriche ad altri volontari "detenuti" che seguivano un percorso obbligato che si avvicinava gradualmente a loro, ogni qualvolta commettersero un errore (Christie, 1985).

Nonostante fosse consapevole della sofferenza inflitta, quando i "detenuti" sbagliavano ed erano lontani, la maggioranza dei volontari non esitava minimamente ad infliggere le scariche; ma via via che i soggetti passivi si

avvicinavano, l'esitazione cresceva fino a bloccare completamente i soggetti attivi (Christie, 1985).

Nel Medio Evo, e più in generale nei periodi in cui si infliggevano pene corporali, anche il boia era meno incline a tormentare il condannato rispetto al sovrano, che insisteva da distante perché la pena fosse portata a termine.

Analoghi studi sono stati condotti da Christie (1972) sul comportamento tenuto dai prigionieri nel campo di concentramento nazista in Norvegia di Nacht und Nebel, e lo hanno condotto alle medesime conclusioni (Christie, 1985): più i prigionieri riuscivano a porsi come esseri umani nei confronti delle guardie, più crescevano le loro possibilità di sopravvivenza. Essi infatti erano abbastanza vicini alle guardie da costringerle a vedere "che cosa fosse", realmente, la punizione.

Nella nostra società esistono due categorie di persone: la prima - che spesso non è mai entrata in un carcere, né subito un delitto, né avuto contatti diretti con

realità sociali problematiche - ha un atteggiamento punitivo-vendicativo, ha odio per il “criminale”, il quale “merita” la punizione e deve assolutamente scontarla anche solo per “giustizia” nei confronti delle persone oneste. Anzi, il carcere è un luogo fin troppo confortevole rispetto a ciò che queste persone pensano il criminale meriti.

La seconda categoria di persone, cui appartengono invece gli operatori sociali, gli educatori penitenziari, le vittime di reati e più in generale le altre persone che da vicino hanno conosciuto la sofferenza inflitta dal carcere, ritiene invece che il colpevole vada punito in misura limitata o più umanamente o semplicemente curato o rieducato, e cerca magari di alleviarne le sofferenze.

A queste due categorie appartengono rispettivamente anche la magistratura penale e quella di sorveglianza: la prima scrive la punizione su un pezzo di carta dopo un contatto spesso durato pochi minuti con il criminale; la seconda invece concede misure alternative - fiduciosa nella

possibilità di recupero dell'elemento umano - dopo una conoscenza più approfondita e diretta del condannato nella sua vita all'interno dell'istituzione carceraria. Un vecchio luogo comune, usato spesso a titolo di accusa di "morbidity" nei confronti della magistratura di sorveglianza, è che le due magistrature hanno due funzioni opposte: una di "metterli" dentro e l'altra di "tirarli" fuori.

C'è un evidente fondo di verità in questa affermazione: infatti in questo, come in tutti gli esempi riportati, la differenza è basata sulla distanza materiale, e quindi psicologica, fra le persone del soggetto attivo e passivo della punizione. La propensione ad inasprire la pena è direttamente proporzionale alla distanza fra i due soggetti.

E' stato osservato anche che di solito la vittima di un reato, dopo aver superato il trauma psichico, ha un atteggiamento meno punitivo e più incline al perdono rispetto alla società e specialmente rispetto allo specchio della coscienza sociale, cioè al sistema penale.

E' pertanto da ritenere che la vittima infliggerebbe al reo punizioni inferiori, non avendo fra l'altro bisogno della funzione deterrente che la "punizione esemplare" può svolgere.

I. 1.1. Teorizzazioni abolizioniste: Hulsman.

Partendo dal principio che le pene vengono inflitte solo a distanza, cioè in modo asettico e astratto, in quanto nessuno vorrebbe farsi carico dell'esecuzione materiale diretta della pena, Hulsman (1982) deduce che il sistema penale intero, salvi casi eccezionali, è slegato dalla realtà empirica e non funziona mai come astrattamente previsto dai principî che pretendono di legittimarlo. Pertanto l'unica soluzione sarebbe quella di abolirlo.

In particolare, nel 1970 Hulsman eseguì il seguente esperimento di sociologia empirica: elaborato un modello normativo nel quale ha reso operativi i principî largamente

accettati da giuristi e criminologi per la pronuncia di sentenze giuste (fra essi la proporzionalità della pena, la sussidiarietà del sistema penale o principio della extrema ratio, e il convincimento della colpevolezza dell'autore), successivamente inserì tale modello nel computer e sottopose ad esso casi concreti. Ebbene, la sentenza del calcolatore risultò sempre: "nessuna pena".

Il significato di questo esperimento è che da qualsiasi tipo di sistema penale, seppure ispirato alle migliori intenzioni garantiste, non possa uscire una pena legittima; pertanto Hulsman afferma che tale sistema è - in concreto - irrazionale. Al contrario, il sistema è dotato di una propria razionalità meramente astratta, che è totalmente slegata dalla razionalità empirica; e quindi viene paragonato da Hulsman a sistemi anch'essi dotati di una loro razionalità totalmente astratta, e come tali fini a se stessi: il flipper, l'astrologia, la lettura delle interiora degli animali con cui i Romani predicevano il futuro.

Altro argomento portato da Hulsman a favore della abolizione del sistema penale è quello della cifra oscura della criminalità: poiché infatti nei migliori dei casi tale cifra si aggira in media sul 90 % dei reati, quali differenze comporterebbe all'interno della nostra società punire o no quel 10 % che viene arrestato e di cui si accerta la colpevolezza?

I.1.2. Mathiesen.

Molto più filosofica è la teorizzazione abolizionista di Mathiesen (1974), che ha anche svolto la funzione di ispiratore di Hulsman.

Al contrario di quest'ultimo, egli ha fornito anche, e con particolare lucidità, un'ipotesi alternativa al sistema penale piuttosto che argomenti solo a favore della sua abolizione.

La sua visione di un'alternativa è comprensibile solo se inquadrata nell'ambito di un sistema giuridico di common law, ed in particolare nella corrente del realismo giuridico teorizzata in Scandinavia da Olivecrona. Occorre pertanto uscire dagli schemi del formalismo giuridico e del principio di legalità della tradizione continentale.

Infatti, secondo Mathiesen, non occorrerebbe aspettare di avere un sistema compiuto alternativo per abolire quello penale: il sistema andrebbe abolito, e basta. Solo così si otterrebbe un sistema dinamico, in continua evoluzione, indefinito e malleabile, che si potrebbe adeguare alle esigenze concrete che di volta in volta si presentino.

L'introduzione di un sistema alternativo completo costituirebbe infatti una semplice sostituzione di un sistema definito ad un altro, e pertanto conserverebbe una struttura formale e presenterebbe molti svantaggi, cioè non sarebbe una vera alternativa: quindi potrebbe comportare al massimo un miglioramento, ma non una soluzione del problema.

Per facilitare la comprensione di questo concetto, Mathiesen propone la seguente metafora: la rassegnata solitudine non è affatto un modo di vivere diverso o alternativo alla "routine" matrimoniale, in quanto essi sono la medesima cosa: definiti, statici. La vera alternativa ad entrambi, dinamica ed in evoluzione, è una solitudine indefinita sulla via di qualcosa, con confini non disegnati a priori. Essa è alternativa in quanto in contraddizione e competizione con la "routine" matrimoniale (e quindi con l'altrettanto statica rassegnata solitudine).

Il problema del sistema "definito" purtroppo si presenterà nuovamente: quando, grazie alla stratificazione dei casi, la casistica stessa risulterà satura, e perciò il sistema tornerà ad essere completo e definito, quindi chiuso e statico. A questo punto occorrerà una nuova abolizione. Mathiesen auspica pertanto un numero infinito di abolizioni secondo uno schema molto simile alla hegeliana "tesi - antitesi - sintesi".

Per quanto questa teorizzazione sia molto filosofica e ponga non pochi problemi di applicazione pratica, specialmente negli ordinamenti giuridici continentali, egli ne suggerisce invece la concreta applicazione immediata, anche cominciando da abolizioni parziali, viste come primi passi di una più ampia politica abolizionista.

I.1.3. Una teoria diversa: il diritto penale minimo di Luigi Ferrajoli.

Prima di passare all'analisi dei processi di mediazione, occorre esporre una teoria meno estrema di quelle abolizioniste, che permette di integrare la mediazione con il sistema penale, quella del "diritto penale minimo" di Ferrajoli (1985): egli svolge un'analisi lucidissima, sebbene di parte, di alcune teorie abolizioniste partendo dal medesimo presupposto di Christie e di Hulsman, per giungere a conclusioni decisamente opposte. In breve, i tre

autori sviluppano argomentazioni, e propongono soluzioni, opposte per raggiungere il medesimo fine: la minimizzazione della violenza.

Ferrajoli nutre nel genere umano una fiducia meno incondizionata di quella degli abolizionisti, e si preoccupa quindi di evidenziare i limiti dell'abolizionismo in un'ottica focalizzata sulla garanzia dei diritti dei devianti come dei non devianti. Egli definisce il diritto penale (dagli abolizionisti dipinto come il diritto della violenza) come "tecnica di controllo sociale che garantisce, con la libertà fisica di infrangere la legge, la libertà di tutti"; o ancora come "diritto del più debole".

Queste definizioni sono il frutto di una contrapposizione ad alcuni modelli abolizionisti che egli prospetta. In particolare la prima di esse si contrappone ad un sistema di controllo diffuso e preventivo del crimine - la sorveglianza totale, anche a mezzo di sistemi audiovisivi - il quale, allo scopo di evitare la devianza, limiterebbe però la