

I nuovi percorsi del diritto mite: dal suo carattere generale nell'area minorile al suo rilievo costituzionale

di *Franco Occhiogrosso**

1. La centralità della virtù della mitezza

Se è stato merito indubbio di Gustavo Zagrebelsky quello di aver abbinato il concetto di mitezza al diritto¹, tuttavia sembra che non sia stata finora prestata la dovuta attenzione all'importante ruolo generale che la virtù della mitezza ha avuto nella realtà sociale: un ruolo di piena centralità. Ed è quanto evidenzia questo fascicolo, sottolineando la necessità di una società mite e studiando la nascita del diritto mite.

Per il resto va sottolineato quanto sia suggestivo l'itinerario in tema di mitezza con riguardo all'area minorile. Dall'analisi degli interventi penali e penitenziari minorili, ai procedimenti giudiziari di protezione dell'infanzia, dagli interventi sociali alle istituzioni, la panoramica della mitezza abbraccia ogni settore del diritto minorile.

I contributi della prima sezione di questo fascicolo sono redatti in modo da offrire la plastica impressione di un convivio con personalità di primo piano, che dialogano di mitezza: Norberto Bobbio e Giuliano Pontara (ispirato da Gandhi), Norbert Elias, Davide Lazzaretti, Ernesto Balducci, Marco Revelli, Gustavo Zagrebelsky, gli evangelisti, Cesare Beccaria, Max Weber, Hans Kelsen e John Rawes, Niklas Luhmann e Carl Schmitt, ne dibattono in modo approfondito, facendo sì che i temi di discussione proposti risultino molto articolati. La mitezza è un comportamento di benevolenza o una virtù che si pone al centro delle tre grandi religioni monoteiste? Ed è una virtù individuale e non politica oppure, al contrario, una virtù politica, figlia di una politica diversa? E la divaricazione Stato-mitezza è strutturale o filosofica? E il

* Condirettore di *Minorigiustizia*.

1. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992.

processo di mitigazione che segue l'evoluzione della società dopo Hobbes è irreversibile o no? Ed ancora: esiste un'alternativa alla configurazione attuale della questione del diritto? E l'antinomia diritto-giustizia si può risolvere, attribuendo un significato diverso al concetto di giustizia? Ed è possibile qualche deroga all'inflessibilità della legge? E qual è il ruolo della legge? E quello della Costituzione? Ed il diritto è luogo di risoluzione dei conflitti oppure no? Ed il diritto si propone davvero come diritto mite oppure è piuttosto un diritto inerme?

Le note di Livio Pepino e Giuseppe Moro² sottolineano il primato sociale a livello istituzionale della mitezza. Allo stesso risultato giunge Luigi Pannarale³, studiando la mitezza nella sua dimensione culturale, che parte da alcune parabole evangeliche, per mettere in luce la paradossalità di alcuni principi fondamentali.

Dalle loro riflessioni si possono tratte alcuni punti fermi.

- a) Il modello di Stato di Hobbes (la sua macchina potente e temibile) non ha prodotto giustizia e sicurezza, ma al contrario disordine ed insicurezza. La violenza non può essere quindi garanzia di pace; e qui si colloca la questione del diritto, che individua l'alternativa alla durezza e unilateralità nell'inclusione. La società inclusiva non è il paradiso terrestre, ma certo è cosa diversa dalla società della paura. Ed il diritto mite rimanda ad una società che dà posto al disordine e non lo espelle.
- b) L'affermarsi di una società mite comporta la centralità del diritto nelle relazioni sociali con l'allargarsi dei diritti del cittadino rispetto allo Stato: dal principio del rispetto del giudice naturale, all'esigenza di motivazione dei provvedimenti di limitazione della libertà personale, al diritto alla difesa e così via. L'uomo moderno ha imparato ad usare la ragione come guida della propria azione con politeismo dei valori da temperare. Ma il processo di mitigazione, che caratterizza la civilizzazione, non è affatto irreversibile come ritenevano i padri fondatori: ne sono conferma le negative vicende del secolo scorso dalle due guerre mondiali, alla Shoah, a Hiroshima e Nagasaki, ecc. E nei rapporti familiari questo rilievo è ribadito dai ricorrenti fatti di femmicidio e filicidio, che sembrano riportare indietro la storia all'epoca culturale del "pater familias".
- c) Infine la precarietà delle leggi viene sottolineata dalla pericope evangelica dell'adultera, nella quale Gesù risponde alle domande degli scribi e dei farisei scrivendo con un dito sulla sabbia, quasi a sottolineare la precarietà e l'incongruenza delle regole giuridiche. L'attualità di questo rilievo è nel confronto con la disparità del trattamento realizzata ai giorni nostri con le tecniche del controllo sociale. Se nei tempi trascorsi ciò si evidenziava per

2. L. Pepino, "La virtù della mitezza e la nascita del diritto mite"; G. Moro, "La necessità di una società mite", in *questo fascicolo*, pp. 15-30.

3. L. Pannarale, "La mitezza e i suoi tranelli", in *questo fascicolo*, pp. 31-42.

l'adulterio, rimasto anche dopo il varo della Costituzione italiana un reato per sole donne, oggi il discorso vale per gli omosessuali (esclusi dall'adozione e dal matrimonio) e per gli immigrati (che devono essere in grado di produrre reddito, procurarsi un alloggio, essere padroni della lingua italiana).

E quanto all'ordinamento giuridico più che di diritto mite sarebbe opportuno parlare di diritto inerme, perché il suo punto di vista non è privilegiato rispetto agli altri, ma è solo uno dei punti di osservazione.

2. La mitezza come modalità di inclusione sociale: nel diritto penale e in quello penale minorile

Passando ora all'analisi delle modalità secondo cui la mitezza va praticata nelle diverse aree del diritto, soprattutto minorile, non c'è dubbio che essa si attui con l'inclusione sociale, secondo un principio cardine che si coglie a piene mani nell'ambito della giustizia ed in particolare nell'area del diritto minorile, come già un documento dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e la famiglia risalente al 2006 sottolineava⁴.

Nell'ambito della materia penale tale processo è ancora allo stato iniziale tanto che ci si chiede se mitezza e giustizia siano compatibili e si giunge alla conclusione che la mitezza trova spazio solo nella determinazione della pena. L'applicazione delle regole peraltro non è un'equazione matematica ed il ruolo del giudice non è quello di mera bocca della legge, come vorrebbero le ditature.

Tuttavia qualche segnale di mitezza (intesa nel senso suindicato) si coglie di recente anche nel penale ordinario con l'introduzione anche in tale ordinamento dell'istituto della messa alla prova.

Nell'area penale minorile si deve anzitutto alla Corte costituzionale la progressiva attribuzione di un volto mite al diritto minorile: essa giunge ad affermare infatti che la realizzazione della pretesa punitiva deve cedere il passo al recupero del minore. E nella stessa logica si muove la normativa internazionale.

Si afferma insomma l'idea di una giustizia fondata non tanto sulla severità della legge quanto sulla prospettiva di reintegrazione sociale, che è la via del diritto mite. Si tratta in sostanza di non impedire il regolare sviluppo della personalità, evitando la sanzione penale e soprattutto il carcere.

Perciò è prevista l'inimputabilità minorile fino ai quattordici anni, che comporta l'esclusione della sanzione penale con la sola applicazione delle misure di sicurezza del riformatorio giudiziario (realizzato con il collocamento

4. Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e la famiglia, 24 giugno 2006, in *Minorigiustizia*, 2006, 2, pp. 127-129.

in comunità) e della libertà vigilata (attuato con prescrizioni e permanenza in casa): un'applicazione peraltro molto limitata per le restrizioni normative disciplinate. Perciò il carcere è sempre escluso per gli infraquattordicenni, mentre per i minorenni di età superiore la stessa logica inclusiva porta a ridurre al massimo l'applicazione delle pene, grazie a vari benefici, alcuni esistenti sin dall'entrata in vigore della legge minorile (dal perdono giudiziale, applicato anche più volte, alla sospensione condizionale per pene fino a tre anni), altri introdotti con leggi recenti (dall'irrilevanza del fatto alla sospensione del processo con messa alla prova).

Questi istituti sono frutto dell'attuazione di principi che riconducono alla mitezza quali la minima offensività e l'adeguatezza alla personalità del minore. Essi portano ad affermare regole processuali che prevedono l'inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo penale; l'obbligo di assistenza affettiva e psicologica nel procedimento; la facoltatività dell'arresto e del fermo; l'esclusione del patteggiamento e del decreto penale di condanna.

3. ... e nella materia penitenziaria minorile

Il discorso è diverso per la materia penitenziaria minorile, la cui normativa, promessa ormai da quarant'anni, non è stata mai varata. Qui va detto subito che la misura della custodia in carcere (e quindi la condanna a pena detentiva) è la più afflittiva e non ha valenza educativa. Le attività trattamentali, che rientrano nei compiti degli educatori penitenziari, puntano solo a contenere (non ad eliminare) gli effetti negativi della privazione della libertà. Il paradosso è che il carcere tende a punire, ma anche ad educare: è un luogo chiuso con la pretesa di indurre al cambiamento, grazie soprattutto agli educatori penitenziari che sono gli agenti di tale cambiamento. E bisogna contestare il preconcepto per cui è il carcere ad "etichettare" il deviante, facendolo diventare delinquente.

Tenuto conto delle situazioni di rischio che vivono i ragazzi difficili (in famiglia, nella scuola, nelle socializzazioni con i pari, ecc.) il carcere può essere addirittura visto come un luogo di accoglienza, cosa che è un vero assurdo. Perché prima del carcere deve esservi, come sede di intervento preventivo, l'azione degli enti locali e della società civile che devono costruire città a misura di minori e ripensare le logiche della risposta al disagio con provvidenze alla famiglia in una prospettiva sociale di fraternità.

Peraltro oltre al diritto mite va perseguita la giustizia mite attuata da giudici che si comportano con umanità, seguendo le Linee guida per una giustizia a misura di bambino⁵ emanate dal Comitato dei ministri della Unione europea il 17 novembre 2010.

5. Le Linee Guida sono edite in *Minorigiustizia*, 2011, 2, pp. 168-187, con introduzione di Alice Margaria.

Individuati gli elementi di mitezza del sistema minorile (oltre a quelli già detti, anche l'abolizione dell'ergastolo e l'attenuante della minore età) punto centrale per realizzare una giustizia mite è l'ascolto mite, che si realizza nel civile secondo le indicazioni dell'art. 336-*bis* cod. civ. e, nel penale, dando una corretta informazione dell'atto che si compie, evitando di manipolare, ponendosi in posizione di ascolto, prevedendo un tempo adeguato, effettuando un ascolto empatico, accogliente, fondato su un linguaggio semplice e piano.

4. La giurisdizione mite nei procedimenti di protezione

Anche nei procedimenti civili di protezione ampi spazi sono riservati all'inclusione di soggetti in difficoltà. Con modalità diverse il giudice tutelare è chiamato ad operare come "tribunale dei fallimenti della persona" nelle vicende familiari disperate. La mitezza è nel disporre di strumenti normativi importanti, quali l'amministrazione di sostegno in cui si crea una prossimità tra amministrato, amministratore e giudice con l'effetto che è possibile una modificazione *ex post* del provvedimento, partendo dall'ascolto dell'amministrato. La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità⁶, varata a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata in Italia con L. 3 marzo 2009 n. 18, conferisce al giudice tutelare un ampio potere discrezionale e gli consente così di compiere operazioni miti di bilanciamento. Egli dunque non è un giudice burocrate, ma ha un importante ruolo di accompagnamento delle persone bisognose di cure.

Di grande rilievo è anche il compito del giudice tutelare di vigilanza sull'osservanza delle condizioni che il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni hanno stabilito relativamente all'esercizio della responsabilità genitoriale *ex* 337 cod. civ., che gli ascrive il ruolo di concreto attuatore di diritti, sperimentando soluzioni miti senza modificare la sostanza delle decisioni già adottate. È indubbiamente necessaria una riconsiderazione di tutte queste forme di giurisdizione non contenziosa attraverso la specializzazione del giudice.

La mitezza si attua poi anche in altri ambiti della stessa materia civile familiare: così nella realizzazione dell'unicità dello stato di filiazione, che consente la pari inclusione di tutti i figli senza più discriminazioni; così nelle separazioni coniugali dei genitori, che sono per lo più conflittuali, e nelle quali occorre realizzare trattamenti che consentano una buona separazione, evitando in particolare ai figli stress e solitudine; così infine in tema di adozione in cui lo spazio più ampio è quello individuato dall'esperienza dell'adozione mite realizzata a Bari nei primi anni 2000.

Ruolo centrale assumono in materia il giudice delle relazioni familiari e l'avvocato collaborativo. Quanto al primo, la sua professionalità mite si reperì-

6. La Convenzione è pubblicata in *Minorigiustizia*, 2008, 4, pp. 307-332.

sce, riflettendo su quattro argomenti che caratterizzano il suo impegno: la preparazione all'udienza, l'ascolto dei minori, la motivazione dei provvedimenti, i quesiti di consulenza tecnica. Occorre poi non sottovalutare le attitudini dei genitori, cosa che è agevole cogliere, misurando il livello di eventuale malessere del figlio; ma soprattutto sono importanti le parole usate sia nelle motivazioni sia nella formulazione dei quesiti per gli effetti che producono sulle parti.

Il posto dell'avvocato familiare merita poi un'attenzione tutta particolare per l'evoluzione che sta vivendo negli ultimi tempi. Il cambiamento è dovuto al riconoscimento sempre più accentuato della funzione sociale dell'avvocato, seguendo la logica di prevenire i conflitti grazie anche all'introduzione di due istituti intermedi: la mediazione familiare e la negoziazione assistita.

Si afferma quindi il diritto collaborativo che determina nuove competenze e produce un cambiamento di mentalità, fondando la sua attività su cinque principi-base: l'ascolto attivo, la negoziazione ragionata, la collaborazione, il lavoro di squadra, il rispetto delle regole. Il difensore è cultore dell'accordo e lavora in équipe con l'avvocato della controparte ed i clienti, oltre che con altri soggetti che possono intervenire; segue un percorso collaborativo che esige un addestramento ed una programmazione di incontri tra tutti per raggiungere il risultato volta per volta prefissato. Purtroppo il legislatore non ha finora riconosciuto il ruolo del diritto collaborativo nelle controversie familiari, ma si confida che ciò potrà avvenire in un prossimo futuro. Le peculiarità che l'avvocato collaborativo presenta sono simili a quelle che Norberto Bobbio indica quando tratteggia l'identità dell'uomo mite nel suo "Elogio della mitezza".

5. La mitezza negli interventi sociali e nelle istituzioni

Ma la mitezza non permea di sé solo tutto l'ambito del diritto; perché incide anche sui soggetti che vi operano. A cominciare dall'assistente sociale, per il quale, in alternativa alla ricorrente immagine di "ladro di bambini", con cui spesso l'opinione pubblica lo configura, si va sempre più delineando un ruolo rilevante nell'organizzazione della solidarietà nella società. Per passare poi al pediatra, che è chiamato a promuovere il benessere complessivo del bambino con competenze anche diverse da quelle mediche. Allo psicologo la cui mitezza si coglie nella sua scelta di lavorare sul consenso – per evitare che ogni decisione familiare sia percepita come drastica rendendola più accettabile con un'adeguata spiegazione –. Al docente nella scuola la cui mitezza comporta la promozione dell'apprendimento e la realizzazione di ciò che lo contraddistingue come essere umano. Al genitore, la cui educazione mite non è sufficiente talora a salvare i figli dalla devianza e dalla criminalità. Al bambino morente del quale la Carta di Trieste⁷ indica i diritti, partendo dal primo che lo qua-

7. "La carta di Trieste dei diritti del bambino morente", in *questo stesso fascicolo*, pp. 267-268

lifica come persona da considerare tale nella sua piena dignità fino alla morte ed affermando anche quelli all'ascolto ed al consenso informato, all'assistenza morale e quindi al gioco, al tempo libero, all'istruzione e alle relazioni familiari, alle cure palliative e all'ambiente.

Ed anche i luoghi in cui il diritto si pratica sono influenzati dalla mitezza: a partire dai cosiddetti "luoghi neutri", per passare poi agli ospedali, alla scuola e in modo più ampio alle città.

A base di questa influenza è la comunicazione realizzata tramite il dialogo e diretta alla ricerca della verità.

Ma il nostro sistema di welfare è insufficiente e gli interventi sono scarsi e frazionati. La famiglia è spesso lasciata sola con tutte le problematiche connesse alle malattie e alla morte di un figlio, mentre una società degna non può non riconoscere i diritti fondamentali di queste situazioni di particolare vulnerabilità.

6. Il carattere generale della mitezza in area minorile e la sua rilevanza costituzionale

Tirando le fila del discorso non è difficile rilevare quali siano i punti fermi del percorso compiuto dalla mitezza negli interventi e nei procedimenti per le persone, la famiglia ed i minori. Va sottolineato, per primo, che l'azione della mitezza ha carattere generale e si propone a vari livelli: anzitutto, nell'area del diritto minorile (sia penale sia civile) grazie anche all'incidenza globale che hanno avuto le grandi convenzioni internazionali. Qui ogni angolo del diritto acquista una prospettiva ed una modalità operativa diverse per effetto della mitezza.

Ma accanto a questo livello generale, che si può definire orizzontale perché si allarga ai diversi spazi del diritto minorile, ve ne sono due anch'essi generali, che si pongono in linea verticale: quello relativo alla qualità dei soggetti che a vario titolo si occupano dell'infanzia e quello riguardante i luoghi nei quali il diritto minorile interviene. Entrambe queste realtà subiscono una profonda modificazione nel momento in cui vengono permeate dalla mitezza e sono destinate a vivere ulteriori modificazioni man mano che gli spazi della cultura della mitezza si amplieranno. È questo il primo traguardo che la mitezza sta conseguendo in questo ambito: il suo carattere generale, ben evidenziato da Gustavo Zagrebelsky⁸.

Un secondo e non meno importante punto fermo del cammino recente della mitezza è quello che rileva che nel quadro della mitezza e della moderazione rientrano i grandi principi affermati dai più importanti documenti inter-

8. "La mitezza del diritto e delle istituzioni negli interventi e nei procedimenti per le persone, la famiglia e i minori", in *questo stesso fascicolo*, pp. 237-245.

nazionali ed individuati nel “migliore interesse del minore”; “nel diritto del minore alla famiglia ed alle relazioni familiari”; “nella residualità della pena e del carcere e nella sua funzione educativa”; “nell’informazione e nell’accompagnamento per il processo”; “nell’ascolto e nella ricerca del consenso” prima di giungere a soluzioni importanti.

Questi principi-guida vanno considerati come sovraordinati alla legge ordinaria ed acquistano quindi il rilievo di parametri costituzionali del diritto minorile e familiare. Ed è questo il secondo traguardo della mitezza nell’ambito minorile giudiziario: la *rilevanza costituzionale* dei suoi principi.

Si deve quindi concludere che negli anni intercorsi dalla pubblicazione de “Il diritto mite” di Zagrebelsky ad oggi il valore della mitezza si è andato sempre più estendendo sia quantitativamente, incidendo nella prospettiva di analisi dei vari istituti, sia qualitativamente, facendo in modo che i principi che ne sono manifestazione acquisiscano rilevanza costituzionale.