

IL DIRITTO PENALE TRA VENDETTA E RIPARAZIONE (*)

Abstract

Una lettura evoluzionista ci ha consegnato l'idea che il diritto penale moderno concentrato nelle mani del potere pubblico abbia superato la logica della vendetta. In realtà, a una indagine più approfondita, ci si rende conto non solo che il diritto penale moderno mantiene una logica vendicativa, ma anche che la monopolizzazione pubblica del potere punitivo ha eliminato spazi di giustizia a due che potevano portare alla riconciliazione e al superamento di una giustizia violenta. Questi spazi oggi possono essere recuperati se si inizia a riconoscere la possibilità di integrare la giustizia riparativa con il paradigma tradizionale della giustizia penale.

Criminal Law between Revenge and Restoration

Abstract

We inherited the belief that, being totally left in the hands of public institutions, modern criminal law has overcome the logic of revenge. Actually, if we analyze the matter more closely, we easily realize not only that modern criminal law still maintains a vengeful spirit, but also that concentrating the punitive power with public institutions means that there is no more space for restoration. Nowadays we can recover such space by integrating restorative justice with the traditional idea of criminal justice.

SOMMARIO: 1. Il "mito" del diritto penale moderno come il diritto più umano tra quelli possibili. — 2. Critica della lettura evoluzionista del diritto penale "moderno" come superamento della vendetta. — 3. Il permanere della logica della vendetta nel diritto penale moderno. — 4. L'assenza nel diritto penale moderno di spazi dialogici tra autore e vittima. — 5. Oltre il punto, la linea: le profonde dicotomie "giustizia a due/giustizia a tre" e "giustizia violenta/giustizia non violenta". — 6. La giustizia riparativa come paradigma alternativo-integrativo a quello punitivo.

1. Il "mito" del diritto penale moderno come il diritto più umano tra

(*) Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Luigi Lombardi Vallauri*.

quelli possibili. — Noi "moderni" abbiamo ereditato e in parte rafforzato una concezione del diritto penale che si basa, a ben vedere, su alcuni "miti", su alcune distorsioni prospettiche che non consentono di leggere bene quello che è accaduto in passato, ma soprattutto quello che sta accadendo oggi, e tra questi "miti" c'è anche quello che il diritto penale contemporaneo sarebbe un diritto fortemente umanizzato e razionalizzato.

Attenzione, non si vuole essere fraintesi! Non c'è dubbio che il diritto penale moderno è un diritto che rispetto al passato è infinitamente più umanizzato e razionalizzato, avendo conosciuto, a partire dall'illuminismo, una formidabile e progressiva attenuazione del contenuto afflittivo della pena, nonché, grazie ai principi costituzionali nazionali ed europei/internazionali, una forte limitazione dell'arbitrio e delle prevaricazioni del potere punitivo.

Tuttavia, a ben vedere, al suo interno permangono tratti salienti che continuano a renderlo diverso da quello che noi crediamo che sia. Andando al fondo della questione, si può dire che il diritto penale moderno è molto meno umano e razionale non solo di quanto si pensi, ma anche di quanto potrebbe esserlo, e ciò per due aspetti fondamentali sui quali vorrei soffermare l'attenzione: da un lato, esso presenta ancora un carattere nella sostanza vendicativo o comunque violento, risultando addirittura difficile, se non impossibile, giustificare la sanzione punitiva nella sua componente afflittiva; dall'altro lato, nonostante alcune recenti indicazioni legislative di segno contrario, esso ha sempre guardato con estrema diffidenza alla possibilità di creare uno spazio per un dialogo/confronto diretto tra autore e vittima capace di "prendersi cura" del conflitto, se non addirittura di superare le sue "cause" e i suoi "effetti" sostanziali (1).

2. Critica della lettura evoluzionista del diritto penale "moderno" come superamento della vendetta.

— Secondo una lettura classica, evoluzionista, la "logica" punitiva conoscerebbe un prima "primitivo", "incivile", "irrazionale", "non giuridico" e "disumano", in cui tale logica si baserebbe sulla vendetta, e un dopo "moderno", "civile", "razionale", "giuridico" e "umano", in cui la stessa logica si baserebbe invece sulla pena. Com'è stato efficacemente notato, « alla fine di un lungo processo di differenziazione e di specificazione, la pena verrebbe a definirsi per una radicale contrapposizione rispetto agli elementi essenziali del "paradigma" vendicatorio [...] A questa visione storicistica di sostituzione della pena alla vendetta, in cui la prima, con la sua funzione preventiva e terapeutica, apparterebbe alla civiltà, mentre la seconda sarebbe tipica della barbarie, corrisponderebbe

(1) Per la centralità del rapporto intersoggettivo in ambito giuridico, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, 1969.

Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1/2016

evidentemente il rifiuto della vendetta nel contesto dello stato moderno: la pubblicizzazione della giustizia penale e la statalizzazione del diritto hanno simmetricamente privatizzato e "psicologizzato" la vendetta, che è stata significativamente assimilata al concetto di *giustizia privata*. Non è difficile comprendere come la concezione evoluzionista che ha rimosso la vendetta in quanto "lato oscuro" della pena, abbia prodotto un'immagine della pena in quanto negazione della vendetta » (2).

Ebbene, questa lettura evoluzionistica del diritto penale, risulta nella sostanza fuorviante per due ragioni fondamentali: da un lato, con riferimento al passato, c'è da chiedersi se davvero la vendetta sia un qualcosa che sta al di fuori della dimensione giuridica "pacificante" e razionale e quali siano state le reali ragioni che hanno portato a un suo superamento; dall'altro lato, con riferimento al presente, c'è da chiedersi se davvero il diritto penale moderno sia del tutto estraneo alla logica della vendetta, se non addirittura del capro espiatorio.

In particolare, riguardo al passato, anzitutto non si può fare meno di osservare come la maggior parte dei "limiti" che vengono tradizionalmente evidenziati rispetto alla vendetta risultano meno fondati di quanto si crede. Si pensi al "rischio sproporzione" del comportamento vendicativo: è piuttosto agevole osservare come un rischio del genere sia presente anche all'interno del diritto penale moderno, e non è un caso che quelli di umanità e di proporzione costituiscano due principi costituzionali di garanzia e "di giustizia" sanciti sia a livello nazionale che internazionale (3).

Ma si pensi soprattutto al limite reputato decisivo del "rischio escalation", ragion per cui la vendetta porterebbe inevitabilmente a una perpetrazione del conflitto con incontrollabile incremento della spirale della violenza. Ebbene, si può considerare ormai sufficientemente dimostrato che, nelle diverse fasi storiche in cui è stata praticata, e al netto di quelle "primordiali" in cui il rischio di escalation da vendetta veniva contenuto mediante il sacrificio (4), la vendetta è stata uno strumento di regolazione e di controllo sociale che ha consentito di incanalare e limitare la pulsione

(2) G. COSÌ, *Ordine, vendetta, pena*, in S. BERNI-G. COSÌ, *Fare giustizia. Due scritti sulla vendetta*, Milano, 2014, 71.

(3) Sul principio di umanità della pena, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *David Garland, La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo. Riflessioni a margine del libro*, in questa *Rivista*, 2014, 448 ss.; per una ricostruzione complessiva del principio di proporzione in ambito penalistico, cfr. F. PALAZZO, *Il principio di proporzione come fondamento costituzionale di limiti sostanziali del diritto penale*, testo della relazione tenuta al Convegno *L'approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo*, Modena, 8 ottobre 2010.

(4) In argomento, v. per tutti R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 1980, 13 ss. Di estremo interesse e particolarmente complessa la riflessione sul sacrificio, rispetto al quale sembra possibile distinguere tra quello propriamente religioso e quello per l'appunto connesso alla vendetta (più opportuno forse parlare di capro espiatorio), al fine di evitare la faida.

aggressiva consentendo di raggiungere comunque un equilibrio che alla fine ha consentito il mantenimento di un sufficiente livello di pace e sopravvivenza sociale (5). Detto diversamente, non è veritiera l'immagine di una vendetta del tutto arbitraria e avulsa dalla realtà sociale, lasciata integralmente nelle mani "del privato" (vittima o gruppo parentale), mentre è veritiera l'immagine di una vendetta esercitata in un contesto di approvazione e ritualizzazione sociale destinate a condizionarla in termini di contenimento. Anche perché, come vedremo meglio in seguito, se la vendetta/ritorsione può minare la pace sociale là dove sfocia nella faida, tuttavia essa è sempre stata inserita all'interno di un "sistema" di giustizia "a due" dove la "giustizia negoziata", decisamente "pacificatrice", rappresentava non soltanto l'altra faccia della medaglia, ma forse addirittura il vero e proprio pilastro sul quale si reggeva l'intero sistema (6).

Inoltre, vi sono state fasi storiche in cui il comportamento vendicativo avveniva comunque sotto il controllo di un potere terzo e pubblico, sia per quanto riguardava l'accertamento dei presupposti del fatto che poi legittimavano il ricorso alla violenza per mano privata, sia per quanto riguardava la stessa esecuzione vendicativa per mano privata. In particolare, nei contesti storici dell'Antica Grecia e della Roma arcaica risulta ormai ancora una volta dimostrato che grazie al passaggio che iniziò a distinguere tra omicidio volontario e omicidio involontario (ma prima ancora, soprattutto in Grecia, grazie al passaggio della necessità di risolvere le controversie relative all'avvenuta accettazione della *poine* in cambio della rinuncia alla vendetta (7)), venne attivato il ricorso a soggetti terzi in ordine alla "corretta qualificazione del fatto" dai quali poi scaturiva l'autorizzazione a vendicarsi per mano privata (8).

(5) Con riferimento all'antica Grecia, v. per tutti E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origini e funzioni delle pene di morte in Grecia e Roma*, 2. ed., Milano, 2005, 95, in particolare; con riferimento alla Roma antica, B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, 9 ss.; con riferimento all'Alto Medioevo, v. i contributi raccolti in D. BARTHELEMY-F. BOUGARD-R. LE JAN, *La vengeance. 400-1200*, Roma, 2006; con riferimento all'età comunale, A. ZORZI, *I conflitti nell'Italia comunale. Riflessioni sullo stato degli studi e sulle prospettive di ricerca*, in A. ZORZI (a cura di), *Conflitti, paci e vendette nell'Italia comunale*, Firenze, 2009, 15 ss.

(6) Spunti in tal senso in E. WEITEKAMP, *History of Restorative Justice*, in G. BAZEMORE-H. WALGRAVE (a cura di), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, New York, 1999, 75 ss. Inoltre, v. *infra*, § 4.

(7) Sui bassorilievi scolpiti sullo scudo di Achille e descritti nel Canto XVIII dell'Iliade (vv. 497-508), cfr. per tutti A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Firenze-Milano, 1982, 276 ss.

(8) In generale, v. per tutti R. VERDIER, *Le système vendicatoire. Esquisse théorique*, in *La Vengeance*, vol. I, Paris, 1980, 13 ss. Con specifico riferimento alla Grecia antica e alla legge sull'omicidio di Draconte, cfr. per tutti E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, 79 ss.; *Id.*, *I supplizi capitali*, cit., 100 ss., dove si precisa che « a un certo punto accadde che l'esecuzione della sentenza venisse affidata a organi pubblici, anche se la condanna dell'omicida era stata la conseguenza di un'azione privata intentata dai

Ecco allora che il vero limite della vendetta è rappresentato da una sorta di illegittimità del farsi giustizia da sé, vale a dire da una sorta di inaccettabilità etica del fatto che a utilizzare la violenza sia nella sostanza lo stesso soggetto che l'ha subita o comunque soggetti a quest'ultimo legati (9), inaccettabilità etica che trova la sua matrice più significativa nel "pensiero" evangelico di Cristo e che reclama la creazione di una distanza tra i protagonisti del gioco sociale (10).

Se questo è vero, risulta piuttosto evidente come, in secondo luogo, il superamento della vendetta non sia dovuto tanto a ragioni di "principio" e di "progresso" che in realtà si sono aggiunte in un momento successivo come chiave di lettura retrospettiva, ma ad altre. In particolare, ciò che determina il passaggio della forza dalla mano privata a quella pubblica sembra essere soprattutto una "questione di potere", vale a dire il consolidarsi del potere "egemonico" pubblico (11). Con il progressivo rafforzarsi del "potere" punitivo nelle mani di un "soggetto pubblico", quest'ultimo opera per sottrarlo sempre di più ai soggetti concorrenti presenti nella società (che nel XVII secolo sono divenuti nella sostanza i giudici). E non è un caso che già nel passato più remoto vi siano state fasi storiche in cui la vendetta è stata fortemente controllata, se non addirittura interamente superata, proprio in virtù dell'affermarsi di un forte potere pubblico capace di monopolizzare la forza. Si pensi in particolare al sistema delle XII Tavole della Roma repubblicana, dove « a differenza delle menzionate ipotesi di violenza fisica e di furto, che erano assoggettate [...] a una sorta di "vendetta legalizzata", l'omicidio doloso fu elevato [...] a delitto pubblico, e venne così a cessare per esso la vendetta privata » (12).

E più il potere si è concentrato nelle mani del pubblico, più si sono ridotti gli spazi per una vendetta in quanto si è progressivamente trasformata la stessa dinamica punitiva, ragion per cui, per quanto riguarda il reato, dal disvalore "privato" concentrato sull'offesa all'onore del singolo si è passati al disvalore valoriale "pubblico" prima religioso, poi legato alla "maestà", infine avente carattere sociale; per quanto riguarda la pena, è

familiari » (104); A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 279 ss.; con riferimento alla Roma antica e alla legge di Numa Pompilio, v. per tutti, B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in *Id., Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 8 s.

(9) In questo senso già G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano, 1996, 213 (§ 102), sul quale v. P. RICOEUR, *Il diritto di punire*, Brescia, 2012, 74 ss.

(10) V. per tutti P. RICOEUR, *Giustizia e vendetta*, in *Id., Il Giusto*, vol. II, Torino, 2007, 265.

(11) Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, 7. ed., Roma-Bari, 2007, 166 s. (con riferimento alla prima fase dell'esperienza cittadina medievale) e 187 s. (con riferimento al trionfo dell'egemonico nel Settecento).

(12) V. per tutti B. SANTALUCIA, *La giustizia penale*, cit., 39 ss.

stato soprattutto il progressivo ridimensionamento della negoziazione portatrice di istanze di "clemenza", di cui diremo a breve, che ha innescato quel processo di umanizzazione della pena pubblica che ha portato ad addolcire sempre di più il contenuto afflittivo distogliendolo da quel corpo sul quale il privato può comunque incidere, per concentrarlo non solo sul patrimonio, ma soprattutto sulla libertà rispetto alla quale il privato ha maggiori difficoltà ad operare.

A queste ragioni si può aggiungere il lento dissolversi del "clan", del gruppo sociale di appartenenza, vero attore "occulto" della vendetta, con la conseguenza che l'individuo è rimasto sempre più "solo" davanti al torto subito, divenendo "naturale" rivolgersi alla dimensione pubblica per ottenere giustizia. E più il diritto penale egemonico si è affermato, più il cittadino "isolato" ha visto in esso lo strumento per trovare la propria "soddisfazione" vendicativa, per cui, dall'angolo visuale della vittima, il pubblico ha finito per sostituirsi ad essa nella realizzazione della vendetta.

Inoltre, come accennato, il diffondersi del messaggio evangelico ha spinto il singolo a rinunciare all'impiego della violenza, considerandolo eticamente inaccettabile. In questa prospettiva, paradigmatica risulta la lettura della tragedia dell'Amleto di Shakespeare secondo una chiave che, facendo leva proprio sul messaggio antiviolento evangelico, valorizza per l'appunto il "superamento" della "capacità soggettiva" di compiere la vendetta (13).

Senza considerare, infine, come vedremo a breve, il ruolo giocato dal progressivo affermarsi del principio di eguaglianza destinato ad annichilire lo stesso sistema di giustizia privata, di cui la vendetta faceva parte assieme alla negoziazione (14).

3. Il permanere della logica della vendetta nel diritto penale moderno.

Con riferimento al presente, si deve mettere in evidenza come il sistema punitivo attuale si caratterizzi ancora per la stessa impronta vendicativa del passato, se non addirittura per una logica del capro espiatorio.

Il diritto punitivo, nato per eliminare la vendetta e la violenza che la contraddistingue, rimane imbrigliato nelle logiche di queste ultime. Come scrive PAUL RICOEUR, « una pena equa resta una punizione, una sofferenza di un certo genere. In tal senso, la punizione in quanto pena riapre la strada allo spirito di vendetta, ad onta del fatto che essa sia passata attraverso una

(13) R. GIRARD, *La pigra vendetta di Amleto. La vendetta in "Amleto"*, in *Id., Shakespeare. Il teatro dell'invidia*, 2. ed., Milano, 2002, 432 ss.

(14) Sul ruolo dell'eguaglianza dalla prospettiva della storia del costituzionalismo, v. M. FIORAVANTI, *L'uguaglianza come principio costituzionale*, in *Id., Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, 105 ss.

mediazione, aggiornata, vegliata dalla intera procedura del processo, ma non soppressa, abolita» (15). Ed ancora, come affermato da RENÉ GIRARD, «se il nostro sistema ci pare più razionale, in realtà, è perché è più strettamente conforme al principio di vendetta. L'insistenza sulla punizione del colpevole non ha altro significato. Invece di sforzarsi d'impedire la vendetta, di moderarla, di eluderla, o di deviarla su di uno scopo secondario, come tutti i procedimenti propriamente religiosi, il sistema giudiziario razionalizza la vendetta [...] Solo il sistema giudiziario non esita mai a colpire in pieno la violenza, perché possiede sulla vendetta un monopolio assoluto» (16): «i moderni [...] non hanno paura della reciprocità violenta. È questa a strutturare ogni punizione legale» (17).

La violenza che si utilizza per fare giustizia mediante l'apparato giudiziario punitivo altro non è che la violenza che sta alla base della vendetta e per certi aspetti del sacrificio. Quindi vendetta e apparato giudiziario sembrano tutti contraddistinti dalla stessa identica violenza. Mentre diversi sono soltanto i gradi di trascendenza e mitologia che sorreggono tali strumenti e i gradi di dissimulazione dell'identità.

Infatti una trascendenza qualunque, un mito, una fede, un'illusione, un inganno dissimulano e mascherano l'identità tra violenza e diritto ponendo una differenza che in realtà non esiste: fuori da questa trascendenza la realtà implacabile è un'altra. Nel momento in cui si guarda al sistema punitivo nella sua realtà disvelata esso appare per quello che è: un esercizio della violenza.

Non solo, ma da una riflessione attenta e profondamente disincantata sugli strumenti repressivi più radicali, quali ad esempio la pena di morte, emerge anche un'altra cifra del diritto punitivo e cioè la sua capacità escludente, la sua dinamica eliminatoria ed espulsiva che fa di chi subisce la pena una sorta di capro espiatorio. Anzi, a ben vedere, la cifra più profonda della pena è proprio questo tratto. Come è stato efficacemente osservato, «espellere, eliminare qualcosa che ci minaccia è una strategia tanto antica quanto perennemente rassicurante. Il criminale diviene [...] il concentrato di una negatività che la pena, qualsiasi pena, vuole esorcizzare. Sono percepibili in filigrana, nei dispositivi penali, quelle pulsioni vendicative, espiatorie e infine espulsive tematizzate efficacemente da René Girard: pulsioni arcaiche, ma non per questo cancellate dal processo di modernizzazione; pulsioni che trovano nella pena di morte la loro più sicura soddisfazione» (18). Ed ancora: nella logica punitiva «l'ordine

(15) P. RICOEUR, *Giustizia e vendetta*, cit., 271.

(16) R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 40 s.

(17) R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 47.

(18) P. COSTA, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Milano, 2010, 25.

viene a prodursi in quanto la violenza è posta ai margini facendo ricorso a una vittima sostitutiva che concentri su di sé la violenza diffusa nella dinamica intersoggettiva. La dimensione espulsiva continua a costituire la teleologia profonda della pena. Quest'ultima, infatti, nonostante le profonde, e certo non irrilevanti, trasformazioni culturali e istituzionali [...] ripete in sé l'originario meccanismo vittima reo: impiega la violenza per spostarla ai margini della società, esorcizzandola nel momento in cui conferisce ad essa la massima visibilità» (19). Ogni volta che il diritto penale presenta una meccanica eliminatoria, se da un lato la violenza viene distolta dalla società, dall'altro lato tale violenza viene scaricata sul singolo che diviene una sorta di vittima sacrificale.

4. *L'assenza nel diritto penale moderno di spazi dialogici tra autore e vittima.* — Non solo il diritto penale moderno è "meno umanizzato e razionalizzato" di quanto si crede per la logica vendicativa che ancora lo contraddistingue, nonché per le difficoltà che incontra a giustificare l'afflizione che lo connota. Ma soprattutto il diritto penale moderno potrebbe essere ancora più umano là dove si creassero spazi di dialogo tra autore e vittima (e la comunità relazionale in cui vivono) che al momento non esistono. Certo, sul piano legislativo vi sono alcune indicazioni di segno contrario: si pensi alla espressa possibilità di porre in essere pratiche di mediazione all'interno del sistema penale minorile, in quello del giudice di pace, nonché in quello degli adulti attraverso l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova. Inoltre, si consideri il diffondersi del movimento di pensiero della *restorative justice* che ha avuto anche riconoscimento formale a livello europeo attraverso la Direttiva dell'Unione Europa 2012/29/UE (20). Tuttavia, uno spazio di portata — per così dire — generale, ancora non esiste.

È interessante osservare, come l'annientamento di questo spazio sia derivato proprio da quel procedimento che ha portato al superamento della vendetta privata attraverso la monopolizzazione della forza pubblica: men-

(19) P. COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del "sacro"*, in S. CANESTRARI-L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, 118.

(20) Sul concetto, l'evoluzione e l'impiego della giustizia riparativa, cfr., di recente, i contributi contenuti in G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015, nonché quelli contenuti in L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione criminale*, Milano, 2015. Inoltre, si v. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2004; C. MAZZUCATO, *Consensus alle norme e prevenzione dei reati*, Roma, 2005; M. BOUCHARD-G. MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005; F. REGGIO, *Giustizia dialogica: luci e ombre della restorative justice*, Milano, 2010; P. MASSARO, *Dalla punizione alla riparazione. La promessa della restorative justice*, Milano, 2012.

tre si costruiva il diritto penale egemonico che poi verrà riletto *ex post* in chiave di umanizzazione del punitivo, si eliminavano anche proprio quegli spazi che in realtà erano davvero profondamente umani in quanto non violenti.

Come abbiamo visto, noi ci diciamo che per superare la vendetta privata, con quei limiti che abbiamo visto, siamo andati verso il sistema di giustizia pubblico che conosciamo. Identificando la vendetta con la giustizia privata, si dice che abbiamo superato la giustizia privata per superare la vendetta. Ma la giustizia privata si esauriva nella vendetta? No, la giustizia privata è stata un qualcosa di enormemente più complesso e particolare. La giustizia privata non è stata soltanto vendetta, ma è stata anche, e forse ancor prima, pacificazione, compensazione, composizione, riconciliazione, perdono: « la giustizia negoziata ha le sue origini nel penale "privato" della prima fase cittadina, quello rimesso all'iniziativa della vittima, che aveva come fine il risarcimento (o meglio, la soddisfazione, dell'offeso), tanto da ricomprendere tra le sue forme ammesse ed accettate (e quindi ordinarie) anche la ritorsione da un lato o la composizione irrituale dall'altro [...] Composizioni, paci, accordi e transazioni, mediazioni e fideiussioni, compensazioni, reintegrazioni e risarcimenti, insieme a ritualità penitenziali o soddisfatorie, sono gli strumenti usuali della giustizia penale negoziata, in un sistema che vede i poteri pubblici come espressione di equilibri comunitari, e non alla stregua di delegati di una forma statale che a quegli equilibri si sovrappone. Composizioni, transazioni e paci [...] fanno riposare il loro carattere di giustizia sull'elemento della riparazione, condizione della riconciliazione e si caratterizzano per due linee modali: la linea che va dalla costrizione fino alla penitenza e al perdono, e quella che segue la logica della punizione, retribuzione, espiatione » (21).

Non solo, andando ancora più a fondo, preso atto che la giustizia privata si componeva di vendetta/ritorsione e di composizione, si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che la vendetta risultava spesso l'*ultima ratio*, lo strumento di chiusura del sistema, mentre, anche in virtù della pressione esercitata dalla possibile esecuzione della vendetta, ciò che assumeva rilevanza principale era la negoziazione i cui esiti potevano essere i più vari (22).

(21) M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. BELLAGAMBA-G. SCHWERHOFF-A. ZORZI, *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, Bologna, 2001, 357. In argomento cfr. anche X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800)*, in P. GÉRARD-F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, 1996, 273 ss.; M. VELLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2005, 167 ss.; i contributi contenuti in A. ZORZI, (a cura di), *Conflitti, paci e vendette*, cit.; O. NICCOLI, *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento*, Roma-Bari, 2007.

(22) E. WEITKAMP, *History of Restorative Justice*, cit., 75 ss.

Ma se le cose stanno in questi termini, non solo la giustizia privata costituiva la regola, mentre quella pubblica era l'eccezione (23), ma all'interno della giustizia privata, la regola era la composizione mentre l'eccezione finiva per essere la vendetta.

Ecco allora che in questa prospettiva, dal punto di vista del potere pubblico, il superamento della giustizia privata sarebbe da imputare non solo — e forse non tanto — alla necessità di superare la vendetta, ma anche — e forse soprattutto — alla necessità di superare la componente negoziale. Detto diversamente, con la creazione di un sistema punitivo pubblico, si è venuto ad affermare una concezione della giustizia più astratta, ma anche più "egualitaria", rispetto alla quale il sistema di giustizia negoziale si rivelava "concreto" e quindi differenziante, se non addirittura discriminatorio: « quel che la giustizia pubblica, fatta di leggi, giudici ed apparati, sembrava di fatto promettere era la fine del privilegio della giustizia domestica. Nel senso che portava con sé, da un lato, la surrogazione della vittima nella realizzazione della vendetta; dall'altro lato, la fine delle trattative, la caduta di un beneficio dell'appartenenza, una giustizia "uguale" per diseguali, messa in atto da una "macchina" incapace di distinguere, valutare, soppesare e non più autorizzata, all'occorrenza, a farsi "ingiusta" per essere equa o "parziale" per non essere iniqua » (24).

In buona sostanza, alla valorizzazione del pubblico egemonico mediante la monopolizzazione della forza si è intrecciata la valorizzazione dello stesso come risposta alle istanze egualitarie che hanno finito per creare diffidenza verso la giustizia negoziale e quindi per dare il colpo davvero decisivo al sistema giustizia "a due".

5. Oltre il punto, la linea: le profonde dicotomie "giustizia a due/giustizia a tre" e "giustizia violenta/giustizia non violenta"

Alla luce di quanto abbiamo detto fin qui, ci si rende conto che la vera contrapposizione che consente di illuminare il percorso "evolutivo" del diritto penale non è tra vendetta e pena. Sul piano storico, nella visione lunga che va oltre

(23) M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata*, cit., 350 s., il quale afferma che « il paradigma statale ha impedito [...] di accordare il nome "giustizia" a pratiche che [...] apparivano come le più diffuse, le sole accettate e condivise, quelle dalle quali ci si discostava soltanto nei rari casi in cui il formato del crimine lo imponeva (alto criminale e gravi reati senza vittima), oppure quando l'autore si presentava come marginale intruso, recava caratteri di autentica pericolosità, o appariva ormai incorreggibile. Stando così le cose, sarebbe allora stato più logico rovesciare la prospettiva, invertire termini e designazioni, e prendere atto del fatto che quelle società consideravano giustizia in primo luogo quella comunitaria locale, destinata a risolvere i conflitti tra vicini, mentre vedevano l'azione delle giurisdizioni "statali" come residuale, interinale e di ultima istanza. Gli storici, riflettendo su quelle culture e su quelle mentalità, dovrebbe forse dire "giustizia la prima, repressione la seconda", e andrebbero molto più vicino al segno ».

(24) M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata*, cit., 359.

il punto per individuare una linea, ci si rende conto che sono altre le dicotomie che vengono in gioco: da un lato, la contrapposizione tra “giustizia a due”, privata, e “giustizia a tre”, pubblica; dall’altro lato, la contrapposizione tra giustizia violenta, basata sull’esercizio della forza ai danni del reo, e una giustizia negoziale, non violenta, basata invece su un altro paradigma che pone al centro il rapporto tra l’autore e la vittima.

Detto in altri termini, se da un lato la giustizia “a due” ha voluto dire violenza mediante vendetta, dall’altro lato, però, ha voluto dire anche non violenza, cioè negoziazione, composizione, addirittura riconciliazione e perdono. Ed ancora, se da un lato giustizia pubblica vuol dire violenza, ancorché più umana, ma pur sempre violenza, dall’altro lato, però, vuol dire dominio della violenza senza alcuno spazio per la non violenza che risulta possibile solo attraverso l’incontro tra autore e vittima. In sostanza, nel sistema a due si può avere anche la massima espressione della violenza, ma allo stesso tempo si può avere addirittura il superamento della stessa; al contrario nel sistema a tre, non si arriva mai a negare la violenza, certo, la si può attenuare, umanizzare, ma essa non può essere eliminata.

6. *La giustizia riparativa come paradigma alternativo-integrativo a quello punitivo.* — Sfatata il mito del diritto penale non vuol dire soltanto mostrare il suo volto vendicativo o addirittura sacrificale, ma vuol dire anche rendersi conto della possibilità di gestire il conflitto cagionato dal reato in termini diversi, non solo attraverso il paradigma punitivo pur sempre violento, ma anche con altri strumenti, sussumibili sotto l’etichetta della giustizia riparativa, che presentano invece caratteri alternativi proprio perché non violenti.

Sul carattere della alternatività della giustizia riparativa occorre chiarirsi a fondo. Che dal punto di vista strutturale e del concreto esito finale gli strumenti della giustizia riparativa siano alternativi alla punizione, non esiste alcun dubbio. Per quanto riguarda la struttura, dalla giustizia a tre, si passa a una giustizia a due; dal processo si passa alle pratiche di mediazione; dal giudice si passa al mediatore; dal disvalore valoriale del fatto si passa al carattere sostanziale-relazionale del conflitto, sia rispetto alle cause del passato, sia rispetto agli effetti che si producono nel futuro; dalla interpretazione delle norme, si passa al dialogo interpersonale.

Per quanto riguarda gli esiti, essi possono essere i più vari, ma tutti si caratterizzano sia per l’assenza di una risposta autenticamente punitiva e violenta nei confronti dell’autore, sia per la valorizzazione del ruolo della vittima: riparazione (ripristinazione e risarcimento), riconoscimento dell’altro, ristabilimento della verità fattuale, riconciliazione, fino alle forme più estreme del pentimento e del perdono.

Tuttavia, se si esamina il rapporto che potrebbe intercorrere tra il sistema della giustizia riparativa e quello punitivo, ci si rende conto che

esiste una indiscussa affinità funzionale. — per così dire — “megafunzionale”, ma anche che essi devono necessariamente integrarsi (25). Sotto il primo profilo “megafunzionale”, si deve osservare come non esista una antitesi tra giustizia riparativa e giustizia punitiva. Più precisamente, dalla prospettiva della giustizia punitiva, un’antitesi esiste se si muove dall’idea che essa altro non è che un equivalente formalizzato della vendetta o comunque uno strumento di deterrenza. Tuttavia, soprattutto nel momento in cui la punizione deve tendere alla rieducazione e risocializzazione del reo, ci si rende conto che il sistema punitivo ha come scopo ultimo quello di garantire una pace sociale inclusiva mediante il rafforzamento dei legami anche interpersonali. Dalla prospettiva della giustizia riparativa, un’antitesi esiste se si muove dall’idea che essa costituisce una sorta di “pacificazione privata” del conflitto a prescindere dalla dimensione sociale e comunitaria. Tuttavia, nel momento in cui la riparazione si inserisce all’interno di un contesto valoriale, essa finisce per svolgere anche una funzione fondamentale di accreditamento e rafforzamento dei valori sui quali si basa la convivenza sociale.

Sotto il secondo profilo, sulla scia di quanto appena detto, l’integrazione diventa indispensabile per due ragioni fondamentali. Da un lato, il campo di azione della mediazione non può che prendere forma da quello tracciato dalla tipicità penale. Vero che la giustizia riparativa si riferisce a un conflitto più ampio che non coincide con il disvalore penalistico, tuttavia il punto di partenza deve essere il disvalore penalistico del fatto, poiché altrimenti, come accennato, si privatizzerebbe la risoluzione del conflitto.

Dall’altro lato, la mediazione deve integrarsi con la giustizia punitiva in quanto quest’ultima deve rimanere sullo sfondo, sotto forma di minaccia, o comunque di incentivo, favorendo una soluzione conciliativa. In particolare, occorre creare un meccanismo che consenta di spingere nella direzione dell’obiettivo della pacificazione e della riconciliazione sotto la minaccia dell’utilizzo della pena, come del resto avveniva in passato allorché era la vendetta a “chiudere” il sistema della giustizia privata. Sul punto si potrebbe obiettare che non è possibile un vera riconciliazione in presenza di una minaccia punitiva e che sorgono non pochi rischi per le garanzie del reo allorché la mediazione fallisca. Tuttavia tali obiezioni si possono superare agevolmente osservando, anzitutto che la mediazione

(25) In argomento cfr. per tutti C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra esigenze di giustizia ed esigenze conciliative*, in Aa.Vv., *Accertamento del fatto, alternative nel processo, alternative al processo*, Milano, 2007, 139 s.; F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa*, cit., 67 ss. In una prospettiva “internazionale”, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *La “giustizia di transizione”: amnistia, giurisdizione, riconciliazione*, in F. PALAZZO-R. BARTOLI, *La mediazione nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, 93 ss.

non è altro che un procedimento il cui esito non è mai scontato e prevedibile, con la conseguenza che se è vero che minacciando la punizione si esercita una certa costrizione, essa però riguarda il momento di attivazione del procedimento che può avvenire anche sulla base di calcoli utilitaristici, ma decisivo sarà comunque il sostanziale andamento del procedimento che ha come protagonisti l'autore e la vittima. In secondo luogo, si potrà prevedere una disciplina che imponga la non utilizzabilità degli elementi raccolti durante la fase della mediazione e che possano andare a svantaggio del reo. Andando ancora più a fondo, si può osservare come esista una sorta di corrispondenza tra la tipologia di esito raggiunto dalla mediazione e la sua capacità di integrarsi con la giustizia punitiva nonché di sostituirsi alla pena. Ed infatti, là dove la riparazione viene finalizzata addirittura a una vera e propria riconciliazione tra autore e vittima, è evidente che essa può costituire un'autentica alternativa alla stessa celebrazione del processo e un surrogato della pena. Là dove invece la mediazione è finalizzata a valorizzare il ruolo della vittima, essa tenderà a collocarsi nella fase esecutiva della pena e a condizionare soprattutto il trattamento del reo in termini di riconoscimento della vittima. Agevole accorgersi che mentre nella prima prospettiva si ottiene un ripristino della coesione sociale "bilaterale e completo" nella seconda il risultato è ancora "unilaterale e parziale" perché, nonostante la valorizzazione della vittima, esso continuerà ad avere come punto di riferimento il reo autore del reato, in termini molto simili a quanto accade per la prevenzione speciale nella logica punitiva.

ROBERTO BARTOLI
Ordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Firenze

LE APORIE DEL SISTEMA DI PREVENZIONE PATRIMONIALE

Abstract

La confisca di prevenzione, dopo le novelle del 2008 e del 2009, è applicabile anche a soggetti a pericolosità generica e indipendentemente sia dall'applicazione di una misura di prevenzione personale sia dalla pericolosità del proposto al momento della richiesta di applicazione della misura. Nonostante ciò, secondo le Sezioni unite c.d. Spinelli, chiamate a pronunciarsi sulla natura giuridica dell'istituto, la confisca di prevenzione avrebbe ancora mera natura preventiva, equiparabile alla misura di sicurezza e sottratta al principio di irretroattività, ex art. 25, c. 2 Cost. La presa di posizione della Cassazione, pur avendo il merito di valorizzare la c.d. correlazione temporale tra l'epoca di acquisto del bene e la pericolosità del proposto, tuttavia, più che dall'analisi del testo normativo, pare dettata da una pregiudiziale motivazione politica: contrastare più efficacemente la criminalità organizzata, disattendendo le tipiche garanzie penalistiche. La medesima motivazione politica di favore nei confronti della confisca senza condanna, peraltro, ha mosso le pronunce della Corte EDU e la direttiva 2014/42/UE.

The Aporias of the Asset-based Prevention System

Abstract

Due to the changes introduced in the legal provisions in 2008 and 2009, preventive confiscation is now applicable also to generically dangerous people, regardless of the application of a personal preventive measure, and the generic danger related to an individual at the time the aforementioned measure is requested. Nonetheless, according to the Supreme Court ruling in Joint Session in the Spinelli case, preventive confiscation still has a merely preventive purpose, similar to a security measure and thus is not subject to the principle of non-retroactivity pursuant to article 25, subparagraph 2, of the Italian Constitution. Even though the Supreme Court's decision highlighted the time correlation between the time when the asset was purchased and the generic danger of the individual, rather than an objective analysis of the law, this seems to be the result of political purposes, i.e. fighting organized crime regardless of any fundamental right. Furthermore, the same political reasons for supporting confiscation without conviction underlies the rulings of the European Court of Human Rights, and Directive 2014/42/UE.