



CARLOTTA TRABALZINI

IL DIRITTO DI MEDIARE

CENNI E PROSPETTIVE SULLA MEDIAZIONE PENALE





©

ISBN
979-12-5994-994-3

PRIMA EDIZIONE
ROMA 31 MAGGIO 2022

Abele e Caino s'incontrarono dopo la morte di Abele.
Camminavano nel deserto e si riconobbero da lontano,
perché erano ambedue molto alti.
I fratelli sedettero in terra, accesero un fuoco e mangiarono.
Tacevano, come fa la gente stanca quando declina il giorno.
Nel cielo spuntava qualche stella, che non aveva ancora ricevuto il suo nome.
Alla luce delle fiamme, Caino notò sulla fronte di Abele il segno della pietra
e lasciando cadere il pane che stava per portare alla bocca chiese
che gli fosse perdonato il suo delitto.
Abele rispose: «Tu mi hai ucciso, o io ho ucciso te?
Non ricordo più; siamo qui insieme come prima».
«Ora so' che mi hai perdonato davvero», disse Caino,
«perché dimenticare è perdonare.
Anch'io cercherò di scordare».
Abele disse lentamente: «È così. Finché dura il rimorso dura la colpa».

Jorge Luis BORGES, *Elogio dell'ombra*

INDICE

11 *Introduzione*

15 Capitolo I

Verso una nuova idea di giustizia

1.1. Mediare nella storia, 15 – 1.1.1. L’antica Grecia del “riconoscimento”, 16 – 1.1.2. La «*Dignitas*» come valore politico, 17 – 1.1.3. Cenni di giustizia negoziata nell’alto Medioevo, 19 – 1.1.4. Il *nuovo* fine delle pene, 20 – 1.1.5. Sviluppi contemporanei, 21 – 1.2. Mediazione e linguaggio, 23 – 1.2.1 La Spada e l’Albero, 23 – 1.2.2. Paradigmi mediatici nelle ricerche antropologiche, 28

31 Capitolo II

La mediazione penale nell’esperienza della Restorative Justice

2.1. Dalle correnti d’origine al caso 0, 31 – 2.1.1. La teoria: abolizionismo, istanze cristiane, femminismo, comunitarismo, 31 – 2.1.2 La pratica: l’esperimento Kitchener e gli sviluppi in Nordamerica, 36 – 2.2. Il contesto europeo, 41 – 2.2.1. La Gran Bretagna, 41 – 2.2.2. La Germania, 43 – 2.2.3. Il Belgio, 44 – 2.2.4. La Spagna, 46 – 2.2.5. La Finlandia, 49 – 2.3. Australia e Nuova Zelanda: Il Family Group Conferencing, 50 – 2.4. La reintegrative shaming nelle scuole giapponesi, 53

– 2.5. Due modelli di mediazione?, 55 – 2.6. Prospettive di istituzionalizzazione: la *Restorative Justice* nel panorama internazionale e sovranazionale, 56 – 2.6.1. Le Nazioni Unite, 57 – 2.6.2 Il Consiglio d’Europa e l’Unione Europea, 58

61 Capitolo III

I protagonisti della mediazione penale

3.1. La vittima, 61 – 3.1.1 Dall’indifferenza alla riscoperta, 61 – 3.1.2 La direttiva UE 29/2012, 65 – 3.1.3 Chi è la vittima?, 68 – 3.1.4 Il soggetto leso nel sistema penale, 71 – 3.2. L’autore di reato, 75 – 3.2.1 Stigmatizzare la devianza, 75 – 3.2.2. Una diversa attenzione per il reo: dalla Costituzione al paradigma rieducativo, 78 – 3.2.3 I processi mediatici: quando il reo diventa vittima, 83 – 3.3. Cenni sul ruolo del reo e della vittima nella mediazione penale, 85 – 3.4. Un terzo protagonista: la comunità, 87

91 Capitolo IV

La mediazione penale in Italia

4.1. Le prime esperienze: la mediazione penale minorile, 91 – 4.1.1 Le fonti normative, 91 – 4.1.2 Mediare prima del processo, 95 – 4.1.3 Mediare durante il processo, 97 – 4.2. I successivi sviluppi: la mediazione penale per gli adulti, 99 – 4.2.1. Il “volto mite” del giudice di pace, 99 – 4.2.2 Le nuove prospettive riparative nella giustizia ordinaria: la messa alla prova, 104 – 4.2.3 Un panorama di soluzioni, 106 – 4.3. La mediazione nella fase esecutiva della pena, 107 – 4.4. Metodologie di attuazione, 113 – 4.4.1. I principi, 113 – 4.4.2 La figura del mediatore, 114 – 4.4.3. Le emozioni nella gestione del conflitto, 119 – 4.4.4 Le fasi della mediazione, 121 – 4.5. Problemi di attuazione, 122

127 Capitolo V

Esperienze e prospettive di mediazione

5.1. Mediare nei reati di terrorismo: il libro dell’incontro, 127 – 5.2. Violenza domestica: una mediazione impossibile?, 132 – 5.3. Tentativi di mediazione nei corporate crimes, 137 – 5.4. Storie di mediazione penale minorile, 141 – 5.4.1 Il Centro mediazione di Torino, 141 – 5.4.2

- Giustizia riparativa in Calabria, 144 – 5.5. Sui delitti di criminalità mafiosa, 148
- 151 *Conclusioni. Una riflessione sul rapporto tra sistema penale e giustizia riparativa*
- 155 *Bibliografia*

INTRODUZIONE

La parola mediazione deriva dal tardo latino *mediare*: «dividere per metà, interporsi»⁽¹⁾.

Da questa si possono dedurre due definizioni più specifiche:

nella prima, Bonafè-Schmitt considera la mediazione «un processo, il più delle volte formale, con il quale un terzo neutro tenta, mediante scambi tra le parti, di permettere loro di confrontare i punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che li oppone»⁽²⁾.

Per Castelli invece «la mediazione è un processo attraverso il quale due o più parti si rivolgono liberamente a un terzo neutrale, il mediatore, per ridurre gli effetti indesiderabili di un grave conflitto. La mediazione mira a ristabilire il dialogo tra le parti per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti. L'obiettivo finale della mediazione si realizza una volta che le parti si siano creativamente riappropriate, nell'interesse proprio e di tutti i soggetti coinvolti, della propria attiva e responsabile capacità decisionale»⁽³⁾.

Entrambi gli autori, partendo da una situazione conflittuale (di vario tipo), evidenziano quindi la possibilità di una sua soluzione ri-costruendo il rapporto tra le parti in lite tramite un confronto dialogico che restituisca loro dignità.

(1) *Mediare*, in *Encyclopédia Treccani*, Roma 1970, Vol. VII, p. 545.

(2) J. BONAFÈ-SCHMITT, *La médiation: une justice douce*, Paris 1992, p. 107.

(3) S. CASTELLI, *La mediazione, teorie e tecniche*, Milano 1996, p. 5.

Ciò permette, suggerisce Pisapia, di identificare la mediazione come un «intervento di problema»⁽⁴⁾ che opera nell’ambito dei rapporti collettivi e da cui emerge non solo la possibilità di arginare un conflitto ma anche di accompagnarlo in una sua composizione costruttiva.

A questo punto, la mediazione non rappresenterebbe più solo una tecnica o un «processo» ma, prosegue Pisapia, sarebbe condizione costitutiva delle relazioni sociali come lo è il conflitto⁽⁵⁾.

Nella realtà odierna, i legami sociali sono sempre più complessi ed esprimono valori contrapposti, bisognosi di bilanciamento.

Esistono quindi molti tipi di conflitti e di mediazioni.

Queste ultime si differenziano in base al contesto, alle parti coinvolte, alle tecniche utilizzate, ai vincoli normativi: per Bonafè-Schmitt si parla infatti di «realità polisemica»⁽⁶⁾.

Quello che le accomuna è l’elemento della terzietà⁽⁷⁾ presente nella persona del mediatore, il quale avrà un doppio ruolo: il «segno», cioè lo strumento del dialogo, «il soggetto» ovvero il mediatore stesso operante nel conflitto tra le parti⁽⁸⁾.

Approdando nell’ambito penalistico, è la figura professionale di un terzo (non giudice) a distinguere il percorso, a volte anche infruttuoso, della mediazione da una dimensione processuale invece strettamente retributiva e da quella penitenziaria rieducativa indirizzata unilateralmente al reo.

Non si tratta di una «fuga dal diritto»⁽⁹⁾ ma piuttosto di un utile «strumento metagiuridico del diritto penale»⁽¹⁰⁾ che ricostruisce la «normatività del rapporto umano»⁽¹¹⁾ utilizzando la norma come base per il confronto dialogico.

Qual è l’oggetto della mediazione?

Non il reato. «Non si può negoziare il contenuto del preceitto penale»⁽¹²⁾: è infatti l’ordinamento che indiscutibilmente definisce il versante penalistico del conflitto.

(4) G. PISAPIA, «La scommessa della mediazione», in G. PISAPIA, D. ANTONUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova 1997, p. 9.

(5) *Ibidem*, p. 14.

(6) J. BONAFÈ-SCHMITT, *op. cit.* p. 198.

(7) G. PISAPIA, *op. cit.* p. 8.

(8) G. MANNOZZI, «L’oggetto della mediazione: conflitto, fatto o reato?», in «Dignitas», Dicembre 2004, p. 64.

(9) *Ibidem* p. 65.

(10) *Ibidem* p. 66.

(11) S. SATTA, «Il diritto questo sconosciuto», in *Il mistero del processo*, Milano 1994, pp. 124 ss.

(12) G. MANNOZZI, «La mediazione dell’ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d’insieme», in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano 2004, p. 39.

Neanche il fatto può essere mediato. Se infatti il disaccordo è sulla «credenza»⁽¹³⁾, ognuno avrà una versione diversa dell'accaduto e l'unico strumento utile per poter risolvere tale divergenza è un suo accertamento processuale⁽¹⁴⁾.

Quando invece le parti riconoscono l'esistenza di un fatto, identificabile eventualmente come reato, è comunque possibile che vi siano «percezioni e sentimenti»⁽¹⁵⁾ ad esso legati «in chiave essenzialmente soggettiva»⁽¹⁶⁾: il disaccordo sarà sull'«atteggiamento»⁽¹⁷⁾.

È in questo caso che la mediazione può operare, ascoltando ed analizzando le esperienze, anche esterne al conflitto ma ad esso collegate, si può lavorare sul «riconoscimento dell'altro come altro da sé e quindi come interlocutore, come soggetto di diritti come persona»⁽¹⁸⁾.

Il presente lavoro si occuperà di analizzare gli aspetti più significativi della mediazione penale, a partire da una prima ricognizione storica in cui saranno analizzati i valori cardine che porteranno all'emersione delle prime tecniche riparative negli anni Settanta del secolo scorso.

Da una sintetica indagine comparata, nella quale si intrecceranno le diverse esperienze di *Restorative Justice* nei paesi di *civil e common law*, l'attenzione verrà poi indirizzata sui protagonisti dell'iter mediativo.

Passando in rassegna le fasi della riscoperta di reo e vittima, con un particolare riguardo al ruolo della comunità, sarà possibile approdare al cuore del discorso: il loro incontro nella mediazione penale inserita nella realtà italiana di cui saranno evidenziate le attuali applicazioni ma anche le prospettive di miglioramento. Infine, è sembrato interessante inserire, in conclusione del lavoro, alcune esperienze concrete di mediazione attinenti ad ambiti radicalmente diversi e dall'esito non sempre positivo, tuttavia utili a comprendere la potenzialità di questo strumento ancora non adeguatamente considerato nel nostro ordinamento.

(13) COPI, COHEN, *Introduction to logic*, Prentice Hall 1994, trad. It. *Introduzione alla logica*, Bologna 1999, p. 117, in G. MANNOZZI, op. cit. p. 40.

(14) G. MANNOZZI, op. cit. p. 40.

(15) M. BOUCHARD, «Sicurezza urbana, vittime, mediazione riparazione», in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Milano 2001, p. 253.

(16) *Ibidem*.

(17) COPI, COHEN, op. cit., in G. MANNOZZI, op. cit. p. 42.

(18) G. MANNOZZI, op. cit. p. 43.

CAPITOLO I

VERSO UNA NUOVA IDEA DI GIUSTIZIA

Parlare di mediazione penale vuol dire ammettere l'esistenza di un metodo diverso, non sostitutivo ma piuttosto sussidiario, rispetto ai paradigmi classici della giustizia retributiva che per secoli hanno rappresentato l'unico *modus operandi* di fronte al conflitto.

Parlare di mediazione significa utilizzare una simbologia diversa attraverso un linguaggio, anche non verbale, che permetta di ristabilire una comunicazione tra le parti in conflitto.

Infine, parlare di mediazione può voler dire riscoprire, in un'ottica nuova, dei concetti radicati nella cultura comune, anche religiosa.

1.1. Mediare nella storia

Rintracciare in epoche passate forme di composizione pacifica delle controversie che possano evidenziare la presenza di una giustizia riparativa *ante litteram* è pressoché impossibile se si utilizzano lenti odierne.

Tuttavia, analizzando filologicamente le fonti, emergono spunti interessanti.

In questo paragrafo sono stati selezionati ed analizzati, in chiave eurocentrica, alcuni periodi storici nei quali si rintraceranno temi ed esperienze affini al significato attuale di mediazione penale.

L'evoluzione dei diritti dell'individuo e i nuovi modi di intendere ed operare la giustizia saranno i fili conduttori.

1.1.1. L'antica Grecia del "riconoscimento"

Nell'antica Grecia, il rito sacrificale e la vendetta privata erano considerate le due forme basilari di riparazione⁽¹⁾ applicabili ai crimini commessi. Si trattava di tentativi di risarcimento rispettivamente verso la divinità e verso la comunità lesa pur in assenza (nel secondo caso) di un percorso dialogico tra reo e vittima, riabilitativo del primo e ristoratore per la seconda.

Siamo ancora lontani dalla giustizia «formativa ed educativa»⁽²⁾, ma già Omero nell'*Iliade* iniziò a distinguerne alcuni aspetti:

- δίκη «giustizia dello Stato» (anche se il significato etimologico rimane incerto);
- θέμις «giustizia divina», poi assumerà il significato di «decisione legalmente vincolante»;
- νέμεσις «vendetta».

Le prime due vengono nettamente distanziate da quest'ultima, ad evidenziare come la giustizia penale si stesse apprendo anche alla ricostruzione di un'armonia nel tessuto sociale⁽³⁾ segnato dal conflitto.

Un esempio, come evidenzia Provera, lo troviamo nell'episodio descritto nel libro XXIV dell'*Iliade* in cui Priamo, padre di Ettore, ucciso da Achille in battaglia, implora ed ottiene il cadavere del figlio:

Il grande Priamo entrò non visto, ed avvicinatosi abbracciò le ginocchia di Achille, baciò le sue mani tremende, omicide, che a lui tanti figli avevano ucciso.⁽⁴⁾

L'anziano padre incarna il nemico ma Achille va oltre e lo *riconosce* come individuo, altro da sé, soggetto complesso e plurale, il quale esprime comuni sentimenti di sofferenza.

La percezione del dolore fa giungere entrambi gli uomini alla comprensione reciproca, compiendo un passo verso la riconciliazione esemplificato nella restituzione del corpo dell'eroe.

(1) M. BOUCHARD, "Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa" in «Questione Giustizia», Febbraio 2015 p. 1

(2) *Ibidem* p. 18

(3) A. PROVERA, "Poeti legislatori della Grecia arcaica. Dalla vendetta alla giustizia della misura e del riconoscimento" in G. FORTI, A. PROVERA (a cura di) *Mito e narrazioni della giustizia nel mondo greco*, Milano 2019 p. 21

(4) OMERO, *Iliade*, traduzione di G. Cerri, Milano 1996, vv 477-479 pp. 1245

Accorgersi dell'altro e avvertirne il dolore, aiuta ad immedesimarsi, rende empatici, pone le basi per una comunicazione (anche non verbale): primi passi nel mondo della mediazione.

Spostandoci in ambito processuale, a porre le basi per il superamento di una pena meramente retributiva c'è il drammaturgo Eschilo.

Ne *Le Eumenidi*, terza tragedia della trilogia *Oresteia*, 458 a.C., si spezza la catena di vendette e rivendicazioni (protagonista delle precedenti opere) attraverso l'istituzione del tribunale dell'*Areopago*: Oreste, dopo aver ucciso la madre ed il suo amante per vendicare il padre, è inseguito dalle Erinni (personalizzazione della vendetta).

Arrivato ad Atene, sarà la protettrice della città, Atena, a dare un nuovo scenario (processuale) alla vicenda⁽⁵⁾.

La regolazione dei conflitti sociali approda quindi in un diverso contesto, più sviluppato, più democratico e compatibile con «l'evoluzione filologico-umana della giustizia»⁽⁶⁾ che stava avvenendo in quegli anni.

Anche in questo caso c'è un riconoscimento operato, però, dal diritto: il gesto di Oreste e l'ira delle Erinni hanno ragioni diverse da comprendere e bilanciare.

1.1.2. La «*Dignitas*» come valore politico

A Roma spicca il collegamento tra *ius* e *societas*.

Infatti, le origini arcaiche del diritto si legano fortemente alle tradizioni delle realtà sociali nei piccoli villaggi che sorgevano intorno all'area pre-romana, poi fusi in un comune patrimonio politico-culturale.

Proprio questo legame costituirà un impulso significativo (almeno fino al tardo Impero) per l'evoluzione del diritto, nonché per l'approdo a nuovi equilibri sociali in grado di sottrarre la conoscenza dello *ius* alle cerchie ristrette dei pontefici che ne detenevano il monopolio.

Le XII Tavole ne furono il primo esempio in quanto sostituirono «alla preminenza originaria dei *mores* ancestrali [...] l'idea della centralità della legge scritta approvata dalla comunità politica»⁽⁷⁾.

È in questo contesto che affiorano anche delle prime forme di conciliazione collocabili dopo la *vocatio in ius*, durante la fase *in iure* e anche *apud iudicium*.

(5) A. PROVERA, *op. cit.* p. 23

(6) E. FICCO, «Giustizia riparativa e Mediazione: una nuova forma di Giustizia complementare al diritto penale» in *Diritto.it*, 15 Ottobre 2020, p. 3

(7) L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2009, p. 73

cem: erano accordi transattivi di risoluzione pacifica delle controversie che evitavano o diminuivano l'entità delle pene.

Tabula I

6. *Rem ubi pacunt, orato*

7. *Ni pacunt, in comitio
aut in foro ante meridiem
in caussam coiciunto [...]*

Tavola I

«Se le parti si accordano,
(il magistrato) decida»

«Se non si accordano, espongano
la causa nel comizio o nel foro
prima di mezzogiorno».⁽⁸⁾

L'ambito interessato era quello civile e commerciale come testimoniano anche i termini utilizzati nella lingua corrente: *negotiator* «banchiere, finanziere»⁽⁹⁾, *mediator* «colui che trattava con i commercianti, indagandone le intenzioni, concludendo un'operazione onesta»⁽¹⁰⁾.

Allo stesso tempo però, la forte dimensione sociale in cui era inserito il cittadino romano comportava che egli avesse dei diritti «solo in quanto facente parte di una comunità politica»⁽¹¹⁾.

Prima di evolversi ad elemento imprescindibile ed innato (non attribuito né concesso) di ogni essere umano, aspetto fondamentale per quel riconoscimento «dell'altro da sé» e sul quale la mediazione basa l'itinerario dialogico-ricostruttivo, la dignità era «*Dignitas*»: un concetto essenzialmente politico.

Virtù di un uomo valoroso ed indipendente ma non autonomo, costantemente messo alla prova nelle sue manifestazioni pubbliche⁽¹²⁾, la «*Dignitas*» evidenzia a Roma, ma anche nei secoli immediatamente successivi, una scarsa considerazione dell'aspetto individuale dei diritti, fondamentale invece per l'avvento della giustizia riparativa.

Come sottolinea De Francesco infatti «quella dei diritti umani offre una chiave di lettura particolarmente significativa»⁽¹³⁾ per l'abbandono definitivo di forme arcaiche di retribuzione riportando al centro del discorso la persona umana, sia essa rea o vittima, ma portatrice a prescindere di diritti insopprimibili.

(8) S. RICCOPONO, *Corso di diritto romano: formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII Tavole a Giustiniano*, 1934, p. 28.

(9) *Negotiator* in L. CASTIGLIONI, S. MARIOTTI, *IL Vocabolario della lingua latina*, Torino 2007 4° edizione, p. 899.

(10) C. PARODI, *Lezioni di diritto commerciale*, Genova 1854, p. 70.

(11) G. CRIFÒ, *Libertà ed egualanza in Roma antica*, Roma 1984 cit. in P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino 2018, p. 24.

(12) P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino 2018, p. 240.

(13) G. DE FRANCESCO, «Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito», in *Legislazione Penale*, Giugno 2021, p. 6 <http://www.lalegislatiopenale.eu>.

Questo ci allontanerebbe anche da una rieducazione improntata «ad un’idea di un trattamento che, sotto la patina della mitezza e della flessibilità, non riesce a svellere la pena — tanto più se privativa della libertà— da schemi di intervento tuttora influenzati da un’insistente presenza «istituzionale», per giunta sostanzialmente vacua ed inespressiva a confronto degli interessi e delle aspettative proprie della persona offesa»⁽¹⁴⁾

1.1.3. Cenni di giustizia negoziata nell’alto Medioevo

Prima di arrivare a considerare i diritti nella loro universalità, è interessante soffermarsi sull’esperienza cittadina medievale del XI secolo, la quale si caratterizzava per la presenza di mediatori e pacieri utilizzati per porre una significativa alternativa al metodo della vendetta privata⁽¹⁵⁾.

Questa era ancora un diritto ma non senza inconvenienti: creava disordini, sottraeva certezza alle norme, svalutava sensibilmente il ruolo delle autorità (non ancora concepite come un monopolio ma piuttosto come un armonizzarsi reciproco tra i vari luoghi di creazione giuridica⁽¹⁶⁾).

C’era quindi spazio per metodi alternativi consistenti in reintegrazioni, scambi, indennizzi, ricompense⁽¹⁷⁾, seppur rivolti essenzialmente alla vittima e limitati ad alcuni tipi di reati. Per gli autori degli stessi invece, come ricorda Mattevi⁽¹⁸⁾, era riservata una giustizia repressiva con procedure pubbliche sommarie.

Il pluralismo dei sistemi giuridici medievali comportava una forte interazione tra metodi «infragiudiziari e processuali⁽¹⁹⁾» (di stampo accusatorio) anche se questi ultimi difficilmente si concludevano con una sentenza: alla decisione giudiziale si preferiva una mediazione extraprocessuale operata dal *podestà*, «un politico di professione appartenente ai gruppi dei dirigenti comunali»⁽²⁰⁾.

(14) K. LÜRDESEN, *Il declino del diritto penale*, 2005, Milano, p. 31ss, cit. in G. DE FRANCESCO, “Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell’illecito”, in *Legislazione Penale*, Giugno 2021, p. 7–8, <http://www.lalegislatiognepenale.eu>.

(15) M. SBRICCOLI, “Giustizia criminale” in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto* (a cura di) M. Fioravanti, 2002, p. 164.

(16) M. MECCARELLI, “Le categorie dottrinali della procedura e l’effettività della giustizia penale nel tardo medioevo” in J. Chiffolleau, C. Gauvard, A. Zorzi (a cura di) *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l’occident à la fin du moyen âge*, Rome 2007 p. 574.

(17) M. SBRICCOLI, *op. cit.* p. 165.

(18) E. MATTEVI, Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale, Trento 2017, p. 4–5.

(19) A. ZORZI, “Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell’Italia comunale” in (a cura di) M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi *Criminalità e Giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo Medioevo ed età moderna*, Bologna 2001, p. 15.

(20) *Ibidem* p. 14.

Quello che emerge in questa prima fase della giustizia medievale, «comunitaria» secondo Sbriccoli, è il forte carattere di «protezione e appartenenza»⁽²¹⁾ dei membri alla società, a prescindere dal loro status.

Il consenso e l'oralità, sottolinea ancora Sbriccoli, si sostituiscono alla certezza della norma determinando le decisioni più varie.

Il passaggio poi ad una fase «autoritaria» di giustizia arriverà nel XII secolo con una forte pubblicizzazione del sistema penale che porterà all'abbandono della giustizia nella sua forma negoziale prediligendo invece un utilizzo politico della stessa.

Il podestà comincerà ad assumere le caratteristiche di giudice (non più di arbitro) «svolgendo indagini d'ufficio e cominciando a condannare i colpevoli anche quando le vittime si sono già riappacificate con loro e non ne avrebbero più interesse»⁽²²⁾.

A ciò si affiancherà, sul piano strettamente procedimentale, l'utilizzo dell'azione penale obbligatoria per alcuni reati e l'indisponibilità del processo.

Il reato non colpirà più (solo) la vittima ma interesserà anche e soprattutto la *res publica* «che ha diritto di soddisfarsi infliggendo una pena»⁽²³⁾: questo contribuirà a spostare l'attenzione «dal piano del danno a quello della disobbedienza»⁽²⁴⁾.

Il nuovo modo di fare giustizia sarà «egemonico», condurrà all'utilizzo del processo di tipo inquisitorio oltre che al fenomeno di «sottrazione o espropriazione del conflitto da parte dello Stato»⁽²⁵⁾.

1.1.4. Il *nuovo* fine delle pene

Riprendendo ancora una volta Sbriccoli, se la storia del penale (ma anche, si potrebbe aggiungere, quella della giustizia riparativa, nonché della mediazione) è identificabile come un lungo percorso di fuoriuscita dalla vendetta, è proprio con le teorie del giusnaturalismo razionalista e poi con l'impulso illuminista, che si capovolge la prospettiva di analisi dell'individuo.

Egli non ha più bisogno del contesto sociale per esistere ma è posto al centro del mondo essendo detentore di diritti innati a cui vi si attribuisce valore assoluto.

Ciò è testimoniato specialmente nelle dichiarazioni e nei primi testi costituzionali che emergono a seguito delle rivoluzioni «borghesi» di fine XVIII secolo.

(21) M. SBRICCOLI, *op. cit.* p. 165.

(22) E. MATTEVI, *op. cit.* p. 5.

(23) M. SBRICCOLI, *op. cit.* p. 168.

(24) M. SBRICCOLI, «Giustizia criminale» in Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto (a cura di) M. Fioravanti, 2002, cit. in E. MATTEVI, *op. cit.* p. 6.

(25) E. MATTEVI, *op. cit.* p. 5.