

Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*

di *Massimo Donini*

Lo studio descrive la crisi permanente nell'idea millenaria della pena simmetrico-retributiva, dovuta all'assenza di un criterio operativo e non solo all'inaccettabilità del raddoppio del male, proponendo un modello di sanzione penale agita, costruito su un'idea riparativa allargata realisticamente oltre le ipotesi di mediazione, quale orizzonte nel quale collocare la stessa costruzione di nuove cornici edittali. Accanto a una diminuzione generale *ad hoc* che raccolga il senso di moltissime ipotesi riparative oggi esistenti, la pena agita si può affiancare alla pena subita, tradizionale modello "principale", sino a renderlo politicamente subordinato a impossibilità o rifiuto di logiche riparatorie per la vittima o dell'offesa, e comunque giuridicamente ricostruito in rapporto al "danno fatto alla nazione", all'offesa riparabile o irreparabile, anziché a prevalenti logiche incontrollate di prevenzione generale e rimprovero di colpevolezze che non si misurano.

1. Premessa. Il problema della legittimazione del sistema punitivo / **2.** La *restorative justice* come correttivo della pena classica / **3.** Il delitto riparato come alternativa alla pena classica / **4.** Oltre il «*Cur Deus homo*» di S. Anselmo. Perché la riparazione deve essere all'origine concettuale della pena / **5.** Pena subita e pena agita / **6.** La riparazione da onere a programma dello Stato / **7.** L'idea di una figura generale di delitto riparato / **8.** La trasformazione della pena tradizionale / **9.** L'incapacità della retribuzione-proporzione di costituire un vero limite / **10.** Il postfatto come parte della cornice di pena e la riparazione come pena / **11.** Le nuove cornici e il ruolo del bene protetto / **12.** La base positiva di un garantismo tripolare / **13.** La decodificazione in atto rispetto al paradigma codicistico della riparazione / **14.** Tutela dei beni e unità di misura asimmetrica / **15.** [Segue] Le scale sanzionatorie e le cornici

1. Premessa. Il problema della legittimazione del sistema punitivo

Devo dire che ho cambiato il mio modo di intendere e di concepire la pena da una decina di anni. Un momento centrale in questa evoluzione è stato rappresentato dalla partecipazione alla fondazione di un *Centro di giustizia riparativa* a Reggio Emilia coordinato

* Scritto dedicato agli *Studi in onore di Lucio Monaco*. Il testo è stato alla base della relazione svolta al convegno di Bologna il 30 settembre 2020, organizzato dall'Associazione "Franco Bricola", su «Carcere senza fabbrica. Modelli correzionalistici ed esclusione sociale ricordando Massimo Pavarini», ma riprende anche l'intervento di una mai pubblicata relazione svolta a Perugia, al convegno «Punire come? La giustizia penale tra retribuzione e riparazione», organizzato dal Centro internazionale magistrati "Luigi Severini", nei giorni 21-22 ottobre 2016, e tiene conto di aggiornamenti intervenuti nel sistema punitivo, oltre che nel pensiero dell'autore, per tentare una sintesi esplicita di diversi precedenti studi. In particolare: M. Donini e M. Pavarini, *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. Pavarini (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Monduzzi, Bologna, 2006, pp. 11 ss., in particolare pp. 25-31 (parte seconda); *Id.*, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come un raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2013, pp. 1162 ss.; *Id.*, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. Mannozi e G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 135-151 (versione maggiore in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 236-250, https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwerk.eu/pdf/donini_2_15.pdf); *Id.*, *Il raddoppio del male*, in *Una città*, n. 212/2014 (aprile), www.unacitta.it/newsite/articolo.asp?id=936; *Id.*, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 579 ss., spec. pp. 589 ss. e 593 ss.; *Id.*, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, in *Criminalia*, 2019, anticipato in *disCrimen*, 4 giugno 2020, pp. 1-26, <https://discrimen.it/genesi-ed-eterogenesi-moderne-della-misura-e-dellunita-di-misura-delle-pene-commento-a-carcere-e-fabbrica-quarantanni-dopo/>.

dalla Cooperativa “L’Ovile”, che abbiamo organizzato¹ insieme anche a docenti dell’università Cattolica di Milano, Claudia Mazzucato e Leonardo Lenzi in particolare, e che mi hanno fatto riflettere molto e cambiare, nel prendere posizione finalmente su tutta una serie di tematiche che ormai sono diventate per me – e io ritengo per tutti noi – pregiudiziali. È una questione di legittimazione dell’intero sistema punitivo, nel senso che al di fuori di una determinata concezione e applicazione della pena io trovo che il sistema non sia più legittimabile, mentre possa esserlo – io non voglio delegittimarlo – solo in un’ottica diversa da quella tradizionale, dove per “tradizionale” intendo una concezione millenaria dominante, nel cui alveo rientra, nonostante dunque tutti gli aggiornamenti del XX secolo, il modo di pensare di tanti che vorrebbero magari distaccarsi da essa con qualche *distinguishing* e aggiornamento lessicale.

La concezione millenaria, per essere subito espliciti, è la retribuzione, intesa non come proporzione nella risposta all’illecito, ma come *reazione simmetrica* a un fatto del passato con *finalità intrinseca di castigo*, la quale si spiega da sé in modo automatico, e solo in un momento successivo di riflessione si corregge in modo proporzionalistico aderendo a una visione che appaia razionale.

2. La *restorative justice* come correttivo della pena classica

La giustizia riparativa, la *restorative justice*, è una parte del delitto riparato come lo intendo; essa, peraltro, pur contenendo in sé matrici ideologiche totalmente diverse da quelle della penologia tradizionale², non costituisce una vera alternativa al ripensamento della pena classica, ma un suo correttivo in ambiti che trovo ancora circoscritti, perché la giustizia riparativa in senso stretto, modellata sulla mediazione penale, relativa alla ricostituzione personale del rapporto autore-vittima³, non è certo sempre applicabile, in quanto la va-

¹ Come Università di Modena e Reggio Emilia, insieme a Caterina Pongiluppi.

² Mi riferisco in particolare alla linea di pensiero di studiosi come Albert Eglash, Randy Barnett, Howard Zehr e Nils Christie nell’operazione di *pars destruens* della tradizionale visione della giustizia penale in merito al rapporto autore-vittima. Per un quadro sintetico, cfr. K. Daly, *The Punishment Debate in Restorative Justice*, in J. Simon e R. Sparks (a cura di), *Punishment and Society (The Sage Handbook of)*, Sage, Los Angeles/Londra, 2013, pp. 356 ss.

³ Cfr. i *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* varati nel 2002 dalla Commissione delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e la giustizia penale e l’*Handbook on Restorative Justice Programmes* dell’Ufficio Onu per la prevenzione della droga e del crimine, United Nations, New York, 2006; H. Zehr, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale (Arizona), 1990; M. Umbrett, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, Jossey Bass, San Francisco, 2001; J. Morineau, *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, Milano, 2003 (ed. or.: *L’esprit de la médiation*, Érès, Tolosa, 1998); C. Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. Così e M.A. Foddai (a cura di), *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 151 ss.; D.W. Van Ness e K. Heetderks Strong, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, Elsevier, Waltham (Massachusetts), 2015; J. Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, New York, 2002; *Id.*, *Principles of Restorative Justice*, in A. Von Hirsch - J. Roberts - A. Bottoms - J. Roach - M. Schiff (a cura di), *Restorative Justice and Criminal Justice: competing or reconcilable Paradigms?*, Hart. Oxford, 2003, pp. 1 ss.; G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003; C. Mazzucato, *Tra il dire e il fare. Sfide attuali e “crisi di crescita” della giustizia riparativa in Italia. Brevi riflessioni sulla giustizia senza ritorsione in un sistema penale ancora retribuzionistico*, in F.T. Tagle (a cura di), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Massimo Pavarini*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), Città del Messico, 2015, pp. 289 ss.; L. Eusebi, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in *Id.* (a cura di) *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, pp. 3-20; G. Fornasari ed E. Mattevi (a cura di), *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli Studi di Trento, vol. 40, 2019; R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2016, pp. 96 ss.; G. Mannozi, voce *Giustizia riparativa* in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 465 ss. e 473 ss.; G. Mannozi e G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, ai quali rimando per ulteriori richiami.

stità dei reati senza vittima, e dei reati di pericolo astratto, rende impossibile un tipo di soluzione come questa in via costante o principale.

Tra l'altro, la maggior parte dei reati sono di pericolo e se uno allarga l'orizzonte e ha un disegno complessivo che riguardi il sistema penale, interrogandosi sulla pena in tutti i suoi territori, ha difficoltà nel trovare soluzioni unitarie, perché la pena da sempre condivide una serie di antinomie al proprio interno, dalle concezioni utilitaristiche a quelle idealistiche, antinomie che convivono nel sistema, sono nella società e nell'attività legislativa, nella mente del legislatore che riflette il corpo sociale.

Quindi, consapevoli di questa complessità, è necessario – se si vuole riportare un po' di ordine – adottare strategie non semplicissime.

Idealismo e utilitarismo fanno parte in modo inevitabile del nostro tema. La *restorative justice* è molto idealista, e ci rende più tollerabile questa terra di desolazione giuridica. Però il diritto è molto utilitaristico, quando non anche addirittura economico⁴: ciò che occorre sempre tenere presente.

La *restorative justice* è una di queste strategie che mirano al superamento della pena classica, ma tradizionalmente ha trovato applicazione e può trovare applicazione in alcuni ambiti soltanto, anche se è portatrice di un'idea di fondo che poi illumina un cambiamento effettivamente generale⁵. Essa si affianca normalmente alla pena subita, in modo direi complementare⁶, proponendo quella che preferisco definire una pena agita a quella parallela, perché c'è la pena tradizionale, subita, e poi c'è la possibilità di una giustizia riparativa in ambiti circoscritti, in momenti distinti, in istituti particolari. Fino ad oggi, però, questa prospettiva non è riuscita a intaccare l'idea che la pena “nasca concettualmente” in modo indipendente dalla riparazione, in quanto la riparazione è vista come un'eventualità successiva.

D'altra parte, la prospettiva della *restorative justice* non sempre si adatta alle applicazioni non buoniste della riparazione, perché c'è una riparazione non buonista, non pura, come l'ha definita Giovanni Fiandaca, come sono quelle degli strumenti coattivi per il recupero del profitto, per esempio, o per l'affermazione del principio che il delitto non paga, declinato però nei suoi profili orientati alla vittima e non all'autore: perché anche questo fa parte della “giustizia riparativa”; non c'è la sola riconciliazione personale, c'è anche l'idea che il delitto comunque deve avere una sua risposta, che il delitto non paga e deve avere una pena perché se non c'è neanche riparazione rimane la pena classica in qualche modo: lo zoccolo duro e “originante” di tutto il discorso.

3. Il delitto riparato come alternativa alla pena classica

Invece il delitto riparato nel significato che propongo, e che raccoglie comunque istanze

⁴ Anche se non lo amiamo troppo, credo sia opportuno ricordare l'insegnamento di Benedetto Croce. Ho cercato di riportare alla memoria le sue idee sulla “economicità” del diritto (un concetto controintuitivo, ma importante), in relazione al *ius criminale* e al contrapposto pensiero “etico” di Giovanni Gentile, in M. Donini, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, in *disCrimen*, 28 marzo 2019, pp. 1-27 e in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, n. 9/2018, pp. 117-146.

⁵ Sono molto lieto che una sostenitrice così appassionata della giustizia riparativa come G. Mannozi, voce *Giustizia riparativa*, *op. cit.*, pp. 473 ss., ravvisi in essa una *alternativa* alle concezioni tradizionali, riprendendo testualmente varie affermazioni che contrassegnano la visione del delitto riparato qui e in passato illustrata. I punti di convergenza pratica sono certo importanti. Però tutta la parte “utilitaristica” della riparazione, così larga nella legislazione contemporanea, non trova a mio avviso adeguato spazio nella costruzione della *restorative justice* consolidata. Sulla alternatività tra retribuzione e idea riparativa *cfr.* anche, per esempio, L. Zedner, *Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?*, in *Modern Law Review*, vol. 57, n. 2/1994, pp. 228 ss.

⁶ Sulla “complementarità” della *restorative justice* vds. G. Mannozi, voce *Giustizia riparativa*, *op. cit.*, p. 483. Ovviamente, la complementarità è diversa a seconda che si muova da una base post-riparatoria della pena (vds. *infra* nel testo) o da una riparazione aggiunta alla pena che basicamente ne prescinde. Vds. pure, sul tema, l'utile ricostruzione di K. Daly, *The Punishment Debate in Restorative Justice*, *op. cit.*, pp. 356 ss.

presenti in tutto il movimento della giustizia riparativa, mira a ricostruire dall'origine la pena criminale su basi post-riparatorie, senza tuttavia dimenticare gli aspetti utilitaristici della legislazione. Non la pena nelle sue radici storiche, ovviamente, che non fu mai una “aritmetica di Stato”, un’invenzione scientifica o tecnica come la ruota o la leva, perché sorse da reazioni istintuali: lo ricordavano in pagine indimenticabili von Liszt⁷, Nietzsche⁸ e, prima, Carrara⁹.

La pena è una reazione fattuale praticata o annunciata, in cerca di continui programmi di razionalizzazione.

In questo paradigma razionalizzante il delitto riparato esige che vi sia una vera *rivoluzione epistemologica* nella costruzione delle pene e nella loro applicazione, ma anche nel programma punitivo presentato a chi ha commesso un reato. Il delitto riparato suppone un nuovo orientamento della risposta punitiva dello Stato, dove la pena che semplicemente aggiunge un male al male commesso, sia concepita come *residuale* o *successiva* rispetto al programma riparativo.

Oggi invece è il programma riparativo a risultare residuale rispetto alla pena. Una nuova concezione della pena appare tuttavia necessaria, perché il sistema è altrimenti delegittimato, e solo alla luce di una nuova fondazione è possibile sopportarne l'esistenza. Finché vedremo le procure della Repubblica come macchine da guerra finalizzate alla scoperta e alla punizione dei reati – perché è questo il loro obiettivo evidentemente minimo e sufficiente oggi – esse ci restituiranno sempre l'immagine di un diritto penale che mira al raddoppio del male quale risultato (questo, certo, è sufficiente per la loro attività essenziale), e alla sua riparazione invece come a una eventualità lasciata ai singoli di cui lo Stato non si fa carico. Una vicenda *privata*. Lo Stato punisce, mentre la riparazione è lasciata ai privati. Questa è la verità. Ora, questa immagine tradizionale del sistema è fondamentalmente negativa, nel senso che nega il delitto e accresce il dolore; se poi questa macchina da guerra produrrà effetti benefici sulla società o sui singoli è del tutto eventuale e non necessario per il suo funzionamento, per la costruzione aritmetica della sua pena, per una sua commisurazione basica e dunque per la sua essenza giuridica.

L'effetto positivo di questa macchina è senz'altro la neutralizzazione dei fenomeni criminali in atto, nei pericoli più urgenti da bloccare. Questa insuperabile utilità la vede chiunque: quando la Procura interviene nel corso di vicende criminali in atto, è un fenomeno che viene scoperto e fermato, il che è molto importante, ma in questo istante preventivo e preliminare il diritto penale non ha ancora cominciato ad applicarsi: sono misure cautelari, provvisorie, anche se all'inizio di un procedimento, anche se tale intervento è capace di fermare il male di un delitto in atto.

Nel diritto penale, invece, la produzione di un male specifico aggiunto inizia dopo. Ecco, le procure dovrebbero costituirsi a centri che prendono in carico il compito fondamentale della riparazione dei delitti commessi per ridurre complessivamente diciamo l'entropia, il grado di disordine del sistema del male innescato dal reato, complessivamente, vale a dire tenendo conto dei costi sociali, dei rischi di tutte le persone coinvolte in un processo, dei potenziali soggetti ingiustamente indagati, degli autori e delle vittime.

La legge penale come legge sociale e il diritto penale come scienza sociale, non meramente sanzionatoria: questo il *background* di una *Kulturwissenschaft*, o meglio ancora di una *human science*¹⁰, scienza umana non neanderthaliana.

⁷ F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882; 1905), tr. it.: *La teoria dello scopo in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 15.

⁸ F. Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* (1887), tr. it.: *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Adelphi, Milano, 1989, pp. 51 ss.

⁹ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Giusti, Lucca, 1867 (terza ed.), §§ 586 ss.

¹⁰ Il retroterra delle *Kulturwissenschaften* di matrice tedesca risentiva ancora, tra fine Ottocento e primi del Novecento, di premesse legate a filosofia dei valori, neokantismo e distanza dai saperi empirici (si cercava anzi di differenziare le scienze umanistiche da quelle naturali che erano dominio dell'odiato positivismo). Le *Human Sciences*, nel corso del Novecento, recepiscono dalla cultura anglosassone maggiore attenzione ai caratteri delle scienze sociali, e dunque di sensibilità agli *outputs*, ai prodotti sociali e politici del sapere. Una cultura antidogmatica più adatta a una “giurisprudenza degli interessi” che dei concetti, se volessimo classificarla secondo i paradigmi della giurisprudenza colta tra fine Ottocento e primi del Novecento.

Per farsi carico della riparazione e della vittima lo Stato non deve vedere nella riparazione solo un onere da parte del responsabile, del condannato, ma inserire nella sua politica criminale ordinaria, costante – intendo la politica criminale anche nel senso lato di alternativa al sistema penale, come l'ha illustrata molto bene Luciano Eusebi in varie occasioni¹¹ – la soluzione del conflitto con la vittima, ma anche e comunque la ricostruzione del valore e del bene che sono stati lesi attraverso il comportamento; inserire nella politica criminale questo *post delictum* contrario e riparatore della persona responsabile, sia esso spontaneo – è l'immagine classica della giustizia riparativa in senso stretto, quella illustrata da vario tempo nel quadro della mediazione penale – sia comunque positivamente indotto e in qualche caso anche coattivamente indotto, perché il concetto di delitto riparato da cui parto è più complesso, contiene la, ma non si esaurisce nella giustizia riparativa in senso idealistico.

4. Oltre il «*Cur Deus homo*» di S. Anselmo. Perché la riparazione deve essere all'origine concettuale della pena

Sant'Anselmo d'Aosta scrive nel 1098 un libro illuminante per capire la pena (piuttosto che l'incarnazione in termini teologici): il «*Cur Deus homo*»¹².

Il tema del libro è perché Dio si è fatto uomo. La tesi è che l'uomo (Adamo), peccando contro Dio, ha contratto un debito incommensurabile, dovuto all'immensità della persona offesa, Dio stesso, che il suo peccato ha “disonorato”: mai Adamo, semplice creatura, avrebbe potuto “riparare” questa offesa, restituendo a Dio l'onore offeso. Concetto arduo oggi da assimilare nella sua sproporzione manifesta tra il finito e l'infinito. In ogni caso, senza restituzione del bene tolto non resta che subire la pena. Non solo il peccato doveva essere punito, perché «è necessario che a ogni peccato segua la soddisfazione o il castigo» (I, § 15), ma occorre anche, per compensare quell'offesa con una riparazione o pena corrispondente, che venisse sacrificata una persona altrettanto immensa, cioè il figlio di Dio stesso. Conclusione antimoderna per come gestisce in modo patriarcale lo stesso rapporto di filiazione divina. La pena di Adamo (la cacciata dal Paradiso terrestre) non era comunque sufficiente, non era né una riparazione né un castigo adeguato. Neppure sarebbe bastato il perdono: se Dio avesse perdonato l'uomo, egli avrebbe avuto lo stesso trattamento spettante a chi non avesse peccato, e ciò sarebbe stato ingiusto (I, § 12). C'è dunque una perfetta logica retributiva che, muovendo dalla giustizia riparativa, illumina il senso diverso della giustizia punitiva: al ladro non basta infatti neppure restituire quanto fu tolto, perché «il ladro deve restituire di più di quello che ha rubato» (I, § 11).

L'opera di Anselmo ha tratti oggi difficilmente accettabili anche per un credente ortodosso, inserendo una prospettiva penalistica in un gesto di donazione suprema. Essa, peraltro, presenta un valore documentale e teorico importante per una lettura laica.

Il concetto è: la pena è necessaria quando non è possibile la “soddisfazione” o la riparazione; ma la pena è comunque superiore al valore della riparazione. In questo *quid pluris* sta la sua essenza.

Nessuno può oggi contestare questo dato di fondo. La pena supera il valore della riparazione. Ma solo quel valore può restituire razionalità alla sua misura, riempita altrimenti di mille scopi, finalità, bisogni, interessi capaci solo di strumentalizzare le persone.

Per questo motivo la riparazione deve essere all'origine concettuale della pena.

¹¹ L. Eusebi, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1990, in particolare capp. II, IV e V; *Id.*, «Gestire» il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione», in C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora, op. cit.*, pp. 223 ss.; *Id.*, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa, op. cit.*, pp. 3-20; *Id.*, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in G. Mannozi e G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa, op. cit.*, pp. 97 ss.

¹² Anselmo di Aosta, *Cur Deus homo* (1098), tr. it.: *Perché Dio si è fatto uomo*, in *Id.*, *Trattati*, tomo 2, Jaca Book, Milano, 2016, pp. 77 ss.

5. Pena subita e pena agita

Lo Stato dovrebbe offrire come prima scelta, come programma principale, un percorso riparativo, cioè una sorta di pena agita, che si agisce, e poi solo in forma sussidiaria o alternativa la pena subita, perché se non c'è la prima allora non si può negare una vera sanzione afflittiva, che a questo punto costituirà l'*extrema ratio* perché il primo progetto non è stato seguito.

Io considero ipocrita sentire in ogni convegno nazionale o internazionale che il diritto penale è l'*ultima ratio* e poi vedere che la sola preoccupazione dello Stato è quella di trovare e punire i colpevoli. Ma che cosa ce ne facciamo di questo programma di raddoppio del male se esso aumenta il disordine, l'entropia delle molecole maligne, diciamo, dentro il sistema?¹³

Descriviamolo in termini aritmetici, e vedremo che accanto al segno “meno”, meno diritti, quelli lesi, meno beni protetti, cioè il negativo rappresentato dal reato commesso, avremo il segno “meno” dei diritti lesi del condannato in esecuzione.

È tutto un segno “meno” in questo non-progetto tradizionale, se lo dovessimo definire aritmeticamente. Esso, più che un vero progetto, resta una reazione: *malum passionis propter malum actionis*¹⁴.

Come risultato indispensabile il male aggiunto è certo; invece il resto, il conseguimento di un vantaggio individuale o di sistema, è eventuale. Se da questo segno “meno” complessivo possa derivare un segno “più” nessuno lo sa.

La giustizia riparativa, invece, costituisce un segno positivo, ma esso è rimasto fino ad oggi eventuale nella concezione e nell'epistemologia della pena attuale perché la scansione è questa: ci sono dei doveri, doveri di subire la pena, la pena subita, la pena come *pati*, sanzione coercibile; poi invece c'è l'obbligo del risarcimento, risarcimento civilistico, sanzione ovviamente eseguibile coercitivamente con esecuzione forzata. La riparazione dell'offesa in senso stretto viene concepita come un onere, perché non è coercibile, perché non posso costringere a un *facere*, a un fare, a parte l'interferenza fra riparazione e risarcimento che concettualmente sono due cose diverse: anche quando c'è il risarcimento di un reato patrimoniale, questo non ripara interamente l'offesa perché l'offesa non è solo il danno, c'è anche il disvalore di azione, l'offesa è più complessa, quindi il mero risarcimento non ripara integralmente, risarcisce ma non ripara integralmente l'offesa. Poi abbiamo la riparazione coatta, un vecchio progetto dei positivisti, di Raffaele Garofalo¹⁵, perché esistono forme di riparazione coatta, a cominciare dalla confisca per equivalente del profitto: tuttavia essa è riparativa se il bene confiscato ritorna al soggetto passivo, non se lo si attribuisce semplicemente allo Stato. Se consideriamo gli artt. 322-ter e -quater del codice penale per come riformato, accanto alla confisca per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione tipizzati, fra i quali anche la concussione in cui c'è una vittima persona fisica, qui si aggiunge una riparazione pecuniaria coattiva che, però, non spetta alla eventuale vittima persona fisica, ma è destinata all'amministrazione (persona offesa principale secondo il codice). Quindi abbiamo una confisca del maltolto, del profitto, che va allo Stato e una successiva confisca assegnata all'amministrazione. Si parla di sanzione civile, ma l'effetto è di salvare e mascherare la sostanza punitivo-afflittiva moltiplicante le pene (oltre a confisca primaria,

¹³ Oltre ai lavori citati in asterisco al titolo, dove discuto di questo tema del raddoppio del male, non possono non ricordare il classico e dimenticato studio di G. Bovio, *Saggio critico del diritto penale e del nuovo fondamento etico* (1872), Ernesto Anfossi, Napoli, 1883, pp. 40 ss. e 58 ss.

¹⁴ Vds. di recente sul tema, con vaste aperture al discorso riparatore e riconciliativo e alla regressione della simmetria punitiva, J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcellona, 2018.

¹⁵ Tra le varie proposte antiumanitarie e di eliminazione giuridico-sociale dei delinquenti contenute in R. Garofalo, *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Fratelli Bocca, Torino, 1885, spicca questa prospettiva riparatoria più lungimirante a carico dello Stato, ma nella prospettiva dell'A. coattiva: *ivi*, pp. 312 ss.

pene principali, accessorie, etc.). E alla vittima persona reale, se c'è per esempio un concusso, cosa spetta? Nei reati tributari, come noto, si prevede che la confisca anche per equivalente applicata sia scomputata dal debito erariale; in altre fattispecie come l'usura, il recupero del profitto confiscato viene assegnato alla vittima: quindi non c'è una doppia confisca, ma una soltanto, con funzione riparatoria. In questo diverso caso degli artt. 322-ter e -quater cp, come in altri casi di confisca per equivalente, almeno una possibile vittima privata è dimenticata.

6. La riparazione da onere a programma dello Stato

Ben altri dovrebbero essere i progetti statali di un penale positivamente recuperatorio, ripristinatorio e risarcitorio. Non una legge "meno che perfetta" come la definiva Ulpiano, nelle *Regole*¹⁶: cioè una legge che sanziona senza preoccuparsi di annullare gli effetti o di rimediare all'atto o al fatto che punisce.

Tuttavia la riparazione, tradizionalmente, è vista come mero onere anche per un altro motivo, non semplicemente perché non è (entro certi limiti) coercibile. È vista come mero onere perché la società non crede che la riparazione dell'offesa rappresenti la risposta vera al delitto.

La risposta "vera" nella sua scansione ordinaria, nella misura normale, è parametrata sull'offesa cagionata e prescinde geneticamente dalla riparazione.

Questa è la legge millenaria del diritto penale: la pena c'è a prescindere dalla riparazione, c'è proprio perché la riparazione o è impossibile, o non potrebbe bastare mai.

Viceversa, nel quadro che prospetto, *la pena va considerata geneticamente in modo diverso a seconda che vi sia stato un percorso riparatorio oppure no, che in tal modo viene promosso, ma volontariamente, non coattivamente.*

La riparazione coatta è utile, ma non rieduca, non essendo una pena agita.

Quando scrivo, nella cornice edittale di un delitto, che è prevista la reclusione da 1 a 6 anni penso a questa pena a prescindere dalla riparazione; ci sarà poi l'art. 62, n. 6, cp o qualche altro meccanismo attenuante anche eventualmente nella parte generale del codice, ma soprattutto nella legislazione speciale che ha decodificato tutto questo sistema dell'art. 62, n. 6, prevedendo una serie numerosissima di forme di condotta sopravvenuta in senso lato riparativa e fonti di risposte premiali (§ 13, *infra*).

Se la riparazione dunque ci sarà, si potrà aggiungere *ab extra*, diciamo dall'esterno, un'altra scala sanzionatoria per il delitto riparato, non solo una circostanza come l'art. 62, n. 6, cp, ovvero una figura di riparazione prevista in modo diversissimo a seconda delle fattispecie della legislazione speciale.

Anche in caso di recesso attivo, l'ultimo comma dell'art. 56 cp, il ravvedimento operoso secondo il modello codicistico di parte generale vigente, prevede una forte diminuzione, ma essa rimane tecnicamente un'attenuante fino alla metà rispetto alla pena del tentativo (che è da uno a due terzi della pena prevista per la consumazione): ciò significa che se quel delitto ha una pena massima di 6 anni, in caso di recesso la pena massima, con la diminuzione più larga possibile, è di un anno (riduzione fino alla metà di due terzi di 6 anni): una forte riduzione devo dire, anche se non è la non punibilità della desistenza.

Ebbene, anche in questo caso il sistema concepisce come diminvente, come una circostanza, l'eliminazione originaria dell'offesa, che non viene equiparata alla vera desistenza non punibile.

Il recesso rimane una diminvente del titolo autonomo di tentativo che è ritenuto ancora esistente, e quindi attenuato dal recesso. Vero è, per altro, che tutti i progetti di riforma vorrebbero equiparare desistenza e recesso a una comune non punibilità per la riparazione

¹⁶ Ulpiano, *Regulae* (I, 1-2), definisce «perfetta» la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; «imperfetta» la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto a essa contrario; «meno che perfetta» la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito.

dell'offesa.

Il mio discorso nasce qui: programmo un'estorsione, ma poi il giorno dell'abboccamento con la vittima per ricevere il denaro non mi presento e anzi faccio sapere che la cosa non avrà seguito; mal che vada è recesso, ben che vada è desistenza; si può discutere, c'è qualche diversità di opinione. C'è comunque stata al massimo un'offesa di pericolo minimo, o un delitto tentato forse desistito; valutiamo se l'offesa di pericolo sia stata completamente eliminata dal fatto successivo, oppure senza neppure giungere agli atti univoci: questa è un po' la tematica. Ma se poi si fosse giunti a consumazione e il maltolto venisse restituito *ex post* non sarebbe un atto più meritevole di premio rispetto alla pena del tentativo semplicemente fallito nel caso in cui la vittima abbia chiamato la polizia e solo per il suo intervento sia stata impedita la consumazione?¹⁷

Altro esempio. La distribuzione di un prodotto alimentare pericoloso per la salute: il produttore, per mero calcolo utilitaristico rispetto all'immagine della società di fronte a quello che si sta per scoprire, ritira il prodotto prima della sua circolazione effettiva presso i potenziali acquirenti. Lo fa volontariamente, e quindi non costretto. Dunque fa sì che resti la contravvenzione magari dell'art. 5 l. n. 283/1962, perché il reato prescinde da questo pericolo concreto, mentre non si realizzerà il successivo delitto doloso dell'art. 440 cp, essendo il delitto di pericolo. Rispetto al delitto la condotta integra una desistenza piena o comunque non c'è il fatto tipico di reato. L'art. 5 invece (oggi contravvenzione, ma nei progetti di riforma governativi sarebbe ora un delitto se commesso dolosamente¹⁸) potrebbe rimanere, questa volta obblazionabile, perché è una contravvenzione obblazionabile, e anche nei progetti di riforma lo resta, obblazionabile e contravvenzionale purché colposo, ma a una condizione più significativa, che è quella della neutralizzazione del pericolo a livello di produzione, dopo messa in mora e prescrizione amministrativa, come nei reati in materia di sicurezza del lavoro, o in quelli in materia di sicurezza ambientale: una nuova forma di oblazione molto più costruita sulla neutralizzazione dell'offesa di pericolo; quindi in effetti una riparazione.

Questa è una legislazione che mira *ab origine* a non applicare la pena qualora vi sia riparazione dell'offesa di pericolo¹⁹. In questo caso, ciò avviene a seguito di una condotta at-

¹⁷ Parte della giurisprudenza, come noto, ritiene integrata la stessa consumazione in caso di appostamento della polizia preavvisata dalla persona offesa che consegna formalmente il profitto dell'estorsione.

¹⁸ Cfr. Il *Progetto di legge* presentato dal Governo al Parlamento il 26 marzo 2020, Ddl AC 2427.

¹⁹ Sono i percorsi della «*non punibilità*», più volte descritta (M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, pp. 1035 ss.; *Id.*, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, pp. 75 ss. e 89 ss.; *Id.*, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 259 ss.; del tutto conformemente, poi, F. Palazzo, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2019; vds. pure P. Caroli, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, *ivi*, 29 settembre 2019; D. Tonon, *Fra delitto e castigo. Sistematica e genetica politico-criminale degli "istituti della punibilità"*, Giappichelli, Torino, 2014): categoria "esterna" e successiva all'analisi del reato, la quale *non significa affatto assenza di responsabilità*, ma recessione della risposta penale tipica, quella puramente afflittiva, verso tecniche di degradazione orientate a *outputs*, a risultati socialmente utili, secondo percorsi di attuazione del principio di *ultima ratio* in chiave applicativa e commisurativa. Vds., in senso del tutto corrispondente, pur inquadrando i medesimi e numerosissimi istituti (di non punibilità e degradazione sanzionatoria) nella categoria "classica" della *punibilità*, G. Cocco, *La punibilità. Quarto elemento del reato*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2018. In realtà, tale categoria è nata in una *cultura della retribuzione*, ma più che nel pensiero retribuzionista di Ernst Beling ai primi del Novecento, come si è voluto sostenere da parte di alcuni Autori (in realtà, in *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1906, rist.: Scientia Verlag, Aalen, 1964, pp. 50 ss. e 74 ss., Beling tratta solo delle *cause che escludono la punibilità* come categoria "estranea" al "tipo di reato"; «*durchaus jenseits*» rispetto al «*Verbrechenstypus*»: *ivi*, p. 201; *Id.*, *Grundzüge des Strafrechts*, 11. Aufl., Mohr, Tubinga, 1930, pp. 31 ss. e 72 ss.), in elaborazioni successive: soprattutto a cominciare da R. Von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. II, *Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Springer, Berlino, 1930, pp. 377 ss., e di tale matrice la "punibilità" conserva in effetti l'impronta («*Vergeltung und Verhütung*», *ivi*, p. 377), che ritengo inconciliabile con gli istituti essenzialmente specialpreventivi, di *ultima ratio* o riparatori che oggi la occupano. Cfr. per altri richiami alla prevalente letteratura che esclude una quarta categoria del reato definita "punibilità", il nostro *Non punibilità e idea negoziale*, *op. cit.*, nota 8; G. Marinucci ed E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2001, p. 652 e Aa. *ivi cit.*; C. Roxin e L. Greco, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁵, Beck, Monaco di Baviera, 2020, §§ 23/21 ss. (gli Aa., che non sono retribuzionisti, discutono ampiamente di una quarta categoria, ma non la chiamano punibilità, anzi neppure le danno una vera denominazione, contenendo essa, a loro avviso, istituti che danno

tiva sopravvenuta e con il residuo di mera sanzione pecuniaria, che ormai degrada a sanzione non penale.

Peraltro anche qui, in queste oblazioni speciali, la riparazione è vista come un mero onere, e la pena edittale ne prescinde, essendo costruita autonomamente; nondimeno l'avvenuta riparazione sostituisce integralmente la cornice originaria; si applica un istituto sanzionatorio del tutto diverso ed extrapenale accanto all'estinzione del reato per sopravvenuta oblazione.

Il tema della riparazione non tocca solo i grandi delitti, della vittima e dell'autore che si riconciliano nelle forme della mediazione penale; c'è anche questo, ma è molto più complesso il discorso sulla riparazione ed è anche molto laico, a volte molto più utilitaristico, non sempre quindi straordinariamente umanistico, benché alla fine miri a un risultato riparativo.

7. L'idea di una figura generale di delitto riparato

Al di là di queste forme riparatorie speciali e della *restorative justice* di tipo mediativo, l'idea di una figura di parte generale del delitto riparato generalizza ma estende il modello di una diversa cornice: esso suppone che la stessa pena originaria sia pensata in rapporto alla riparazione dell'offesa e che l'avvenuta riparazione sia concepita come un titolo autonomo di reato.

Non l'estorsione tentata, né quella consumata, ma l'estorsione riparata. *Con una sua pena indipendente, anche se assimilabile a quella del tentativo.*

Come avviene nel caso degli enti, la cui responsabilità da reato in caso di riparazione dell'offesa riduce la sanzione pecuniaria fino a due terzi (art. 12, commi 2 e 3, d.lgs n. 231/2001).

Perché titolo autonomo, e perché è un vero onere che però diventa un programma di politica criminale principale?

L'impegno dello Stato verso restituzioni coattive esclude un merito del responsabile: la confisca per equivalente attua un recupero che non è spontaneo. Questa misura coattiva mira solo alla vittima, se davvero le restituisce il profitto, se ad essa vengono destinate queste restituzioni, cioè le confische del profitto, perché se invece le incassa lo Stato la vittima rimane insoddisfatta.

L'attuale impegno confiscatorio riguarda perciò solo un aspetto dell'azione pubblica possibile e auspicabile.

Il delitto riparato invece coinvolge il rapporto con l'offesa, e dunque con il titolare del bene giuridico protetto, e muove da questa idea: la neutralizzazione dell'offesa *post factum* non è più meritevole di pena di un tentativo di delitto, ma è a questo al massimo equiparabile, se non anche di disvalore inferiore.

Questa valutazione è molto frequente anche in tanti istituti riparatori nelle leggi complementari fino a giungere alla non punibilità. Io proporrei una disequazione, come l'ho chiamata: delitto riparato uguale o minore al diritto tentato, "*delitto riparato ≤ delitto tentato*", il che significa che il disvalore e il trattamento punitivo del delitto riparato sono o meno gravi di, o equivalenti a, quelli del tentativo. Alla fine ciò significa che quantomeno la diminuzione fino a due terzi *potrebbe* essere una circostanza, ma viene prospettata come titolo autonomo e accresciuta nel valore diminuento.

La differenza tra circostanza e titolo autonomo non è veramente decisiva in termini di prevenzione generale – *una circostanza a effetto speciale potrebbe servire altrettanto allo scopo* –, ma è soprattutto culturale (vds. *infra*), salvo accentuare i profili di volontarietà

spazio a interessi extrapenali eterogenei).

della riparazione, che nell'ipotesi circostanziale dell'art. 62, n. 6, cp è stata spesso offuscata.

È vero che, a differenza del tentativo, qui l'evento lesivo c'è stato, o quello di pericolo – il pericolo è più semplice da tollerare, invece ci può essere stato l'evento lesivo, e quindi non è detto che si possa applicare a tutti i reati indifferentemente; alcuni reati possono restarne esclusi, ci possono essere eccezioni, io capisco le politiche criminali differenziate per certi titoli di reato; propongo dunque un modello generale che ammette realisticamente attuazioni differenziate.

Attualmente, se l'evento è accaduto, non si può tornare indietro; ciò che è stato fatto non può essere posto nel nulla. Però nel tentativo il disvalore d'azione in qualche modo è maggiore – sia chiaro, il disvalore d'azione-intenzione complessivo, perché abbiamo un fatto dove solo per caso il delitto non ha avuto successo. Nel delitto riparato è vero che l'azione è compiuta, e con essa anche il fatto tipico, ma non c'è solo il fatto tipico “nella pena minacciata”, la pena non tiene conto solo del fatto tipico, tiene conto anche del comportamento successivo del responsabile e quant'altro.

Nel delitto riparato abbiamo un percorso successivo, per esempio la restituzione volontaria del profitto o una prestazione a favore della vittima, della società, un lavoro di pubblica utilità, condotte “aperte” per il momento, e di tipo riparatorio, che dovranno essere meglio tassativizzate, dovranno essere tipizzate: tra queste c'è anche la neutralizzazione del rischio di eventi futuri se il reato è di pericolo, il che prova l'avvenuta restaurazione del valore del precetto violato.

Ciò avviene attraverso forme o di riconciliazione con la vittima – è l'esempio più luminoso, la mediazione penale, etc. – oppure di prestazioni volontarie a favore di terzi o della comunità anche di vittime sostitutive o vicarie, perché se la vittima reale non vuole riconciliarsi rimane il diritto di riconciliarsi o di effettuare un percorso corrispondente, non con la vittima reale o con i parenti della vittima reale: forme sostitutive già praticate nella mediazione.

Quando il responsabile del reato è giudicato su tali basi, non c'è più solo il fatto, ma anche l'autore, nel senso che se egli ha già effettuato questo percorso riparatore, cambia il giudizio complessivo sul fatto diciamo da giudicare, perché c'è anche una componente che riguarda l'autore, che non può essere dimenticata nel momento sanzionatorio, perché nel momento dell'attribuzione dell'*an* della responsabilità non devo guardare all'autore, ma nel momento del *quantum* sì: il suo percorso, il rapporto con la vittima cambia il giudizio già *ex art. 133 cp*.

Noi abbiamo studiato e sempre privilegiato il diritto penale del fatto, che è garantistico, tanto che abbiamo in un certo senso un singolare processo penale bifasico: nel processo di cognizione c'è solo il fatto, nel processo di esecuzione c'è solo l'autore, che deve anche dimostrare di avere seguito, di seguire un percorso critico di revisione anche se eventualmente non avesse commesso il fatto, perché *in executivis* è già accertato “colpevole”.

Obietta Mimmo Pulitanò che l'idea del delitto riparato «spezza o nasconde l'unità del precetto»²⁰ – facendo supporre che non sia stato veramente violato, ma quasi restaurato prima ancora dell'intervento della pena – sì che indebolirebbe l'affermazione del precetto penale, depotenziandone il significato deterrente: è di questo che si tratta, in definitiva.

In realtà, quella del delitto riparato come attenuante elevata a titolo autonomo non è una prospettiva solo individualistica, ma essa stessa generalpreventiva.

Non si trascura la prevenzione generale negativa: la diminvente ha margini di discrezionalità, per esempio da uno a due terzi. La pena tradizionale resta, però muta la sua genetica²¹.

²⁰ D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, pp. 654 ss.; *Id.*, *Sul libro dell'incontro fra responsabili e vittime della lotta armata*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, pp. 14 ss (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1453036039PULITANO_2016a.pdf). Vds. anche *Id.*, *Minacciare e punire*, in C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, *op. cit.*, vol. I, pp. 20-24.

²¹ Sul tema vds. anche le argomentazioni di L. Eusebi, *La svolta riparativa*, *op. cit.*, pp. 97 ss.; G. Demuro, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile -

Nella pratica si tratterebbe, per i reati meno gravi, di aumentare le ipotesi di messa alla prova (art. 168-*bis*, -*ter* cp)²² e, per quelli più gravi, dove una esecuzione anche detentiva sarebbe inevitabile, di aumentare comunque le ipotesi di pene alternative al carcere – vds. solo il lavoro all'esterno, *ex art.* 21 ord. penit., ultimo comma riformato nel 2018: è potenzialmente un “modello” amplissimo e generale.

L'idea di una riparazione come prima scelta possibile sostiene comunque l'affermazione del precetto penale, perché la riparazione volontaria è una restaurazione del precetto, non va in senso contrario, va proprio in questo senso²³.

Se le persone violente (*aut vi aut fraude delinquitur*) seguono una terapia psicologica con percorsi riparativi verso le vittime, il precetto ne risulta rafforzato: è nella mera pena subita che la sua dimensione culturale resta estrinseca alla coscienza del condannato.

E non è vero che ci sia una dimenticanza del fatto che il comportamento ha comunque prodotto un danno e quindi sarebbe – si obietta – più grave del tentativo.

Proprio quel danno deve essere riparato, se possibile.

Inoltre, gli istituti della riparazione dell'offesa tengono conto anche della componente soggettiva. Se esistesse solo il danno, posto che l'evento sicuramente c'è stato, sarebbe sempre maggiore il disvalore rispetto al tentativo. Qui invece subentra una neutralizzazione dell'offesa (non solo del “danno”) alla quale va aggiunta tutta la componente soggettiva di questo postfatto che l'autore del tentativo, viceversa, non ha interiorizzato, avendo solo mancato per un caso il suo obiettivo. Ciò che bilancia e controbilancia le due situazioni: e quindi, anche sotto il profilo oggettivo e soggettivo, la disequazione ha una sua razionalità. Peraltro si tratta di una prospettiva di indirizzo che ha anche un supporto più largo di politica criminale, perché aldilà di questo ragionamento simmetrico c'è proprio il fatto della importante valorizzazione di un programma diverso, di un programma nuovo.

Le prestazioni, inoltre, dovrebbero essere personali: se è un terzo a riparare non dovrebbero esserci benefici, perché sarebbe altrimenti una sorta di “evasione” dalla pena. L'aspetto politico-criminale straordinariamente nuovo è che lo Stato dà al responsabile un progetto, un programma diversi *fin dall'origine* e questo è ciò che induce a postulare l'idea di un titolo autonomo, perché il postfatto aggiunge al fatto *una nuova tipicità*: “fatto + postfatto”. Vale a dire che c'è la tipicità del fatto, che non si cancella, è vero, ma c'è una nuova situazione che le si aggiunge, che dà titolo per costruirla autonomamente, non come un'eventualità, ed è autonomo proprio perché esiste un programma di Stato, non privatistico, non è l'eventualità lasciata al singolo, quella logica che lasciava intendere: ti arrangi, ti costituischi parte civile, fa' quello che vuoi e avrai un'attenuante, che c'importa, in pratica sono affari tuoi.

È compito dello Stato, invece, e se è compito pubblico certo è un compito in più, è un impegno importante perché dà un'identità diversa al magistrato, al procuratore della Repubblica, ma anche al giudice che non è più un distributore di pene subite: egli assume un ruolo sicuramente meno odioso per tutti, e più positivo ma *non buonista*, perché il buonismo non è questo.

G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora, op. cit.*, vol. II, spec. pp. 703 ss.; G. Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, pp. 31 ss.; M. Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 252 ss. e 273 ss.; M. Venturoli, *Modelli di individualizzazione e della pena*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 119 ss. e 452 ss.; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, vol. 14, 2017, pp. 56 ss. (<https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/189343/160551/COLLANA%20DELLA%20FACOLTA%20VOLUME%2014.pdf>) – versione cartacea: Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

²² Questo dato – la messa alla prova conduce all'estinzione del reato, non si dimentichi, mentre nella prospettiva qui indicata avremmo una diminuzione – dovrebbe attenuare, anche se non elidere, le obiezioni incentrate sul problema della “indeterminatezza” del concetto di riparazione a cui si è fatto cenno nella stessa proposta iniziale del delitto riparato (M. Donini, *Il delitto riparato, op. cit.*, § 9): né più né meno, è la stessa indeterminatezza che oggi abbiamo negli artt. 168-*bis* e -*ter* cp. Al riguardo c'è ancora molto da costruire, soprattutto in via ermeneutica.

²³ C. Mazzucato, *Il contributo della giustizia riparativa alla comprensione del reato e alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore* (sede di Piacenza), 2010, dattiloscritto.

Io dico ai magistrati, alla Procura, agli studiosi, ma anche ai cittadini che il compito dello Stato non è innanzitutto il raddoppio del male quando si è commesso il fatto individuale; il delitto non paga, ed è a favore della vittima la proposta di un differente percorso di questo tipo: ti do un programma, è la prima scelta, ripara; se non l'accetti ovviamente ci sarà la pena subita.

8. La trasformazione della pena tradizionale

A questo punto, peraltro, dobbiamo osservare che l'idea del delitto riparato incide sulla concezione della pena tradizionale.

Questo è il secondo aspetto molto rilevante perché il primo aspetto “responsabilizzante-premiale” si può capire agevolmente.

Ma se invece il percorso non viene seguito, se io non riparo niente, se voglio la mia pena tradizionale, tra virgolette meritata, che cos'ho? Che cos'è la “pena meritata”?

La pena ordinaria che noi tutti conosciamo presenta debolezze costitutive insuperate, perché vorrei semplicemente ricordare che cos'è il diritto penale tradizionale e quali sono alcuni suoi *deficit* strutturali che oggi mi appaiono così evidenti da rendere inevitabile l'esigenza di trovare un percorso alternativo.

La pena retributiva tradizionale è una sanzione che riesce a giustificare le sue valenze general-preventive – prevenzione mediante retribuzione – mediando tra la paura (la *deterrence*) e il castigo biasimante (la retribuzione) in una sintesi utile alla costruzione delle cornici di pena dei reati.

Senonché questo modello strumentalizza il singolo.

Non è vero che la retribuzione sia un vero limite.

Anch'io ho ritenuto in altri tempi che il pensiero retributivo alla fine limiti l'esagerazione della vendetta e quindi offra un parametro che produce un bene. Senonché il pensiero retributivo, nella pratica applicazione, ha un effetto che non garantisce assolutamente la proporzione.

Ne contiene solo l'idea, ma non il criterio.

Noi parliamo continuamente di proporzione, ma non c'è un'unità di misura della proporzione: «The amount of disapproval conveyed by penal sanctions is a convention»²⁴.

Rispetto ai delitti più gravi non c'è perché non possiamo punire un genocidio con un genocidio o un omicidio con la perdita della vita, e quindi qui la pena è sproporzionata per difetto: giustamente è sproporzionata per difetto; così anche un ergastolo si traduce in vent'anni o poco più (molto meno in altri Paesi Ue), salvo percorsi individuali che non consentono riabilitazione, liberazione anticipata o quant'altro.

Invece nei reati meno gravi c'è sempre un *overkill*, una eccessività della pena, una «parte che è del Principe» come scrive Foucault²⁵, perché già per i reati patrimoniali la perdita della libertà per molti anni è chiaramente sproporzionata, non c'è proporzione tra questi beni, lo vediamo tutti, come facciamo a parametrarli?

Il diritto civile, come ripeto da un po' di tempo, ha sicuramente una valenza aritmetica straordinaria, è (almeno di regola) matematica: se ho commesso un fatto illecito che produce un danno di “100” risponderò di “100 + interessi e rivalutazione” presso qualsiasi ufficio giudiziario. Nel diritto penale non avrò mai la stessa pena, perché sarà sempre diversa, e ciò per ragioni giuste di individualizzazione, ma anche per vizi dovuti a disuguaglianze politiche di costruzione delle pene²⁶. Tra l'altro nel diritto penale non solo non c'è un parametro unificante il punto di vista del legislatore e del giudice – il primo è general-preventivo e guarda al futuro, il secondo è più retributivo, e guarda al passato: da Aristotele a Her-

²⁴ A. Von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, Oxford, 2003 (1993), p. 19.

²⁵ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Parigi, 1975, tr. it.: *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1993, p. 52.

²⁶ *Amplius*, il nostro *Genesis ed eterogenesi “moderne” della misura e dell'unità di misura delle pene*, op. cit., pp. 13 ss. e 24 ss.

bert Hart è una *vision* assai realistica²⁷ – ma c'è anche l'assoluta ingestibilità epistemologica di volere commisurare la colpevolezza, che poi è il fondamento di tutta la materia penalistica degli ultimi cinquant'anni: bisogna, si dice, commisurare la colpevolezza e tutto solo “nei limiti della colpevolezza”²⁸.

Ma chi è capace di commisurare la colpevolezza? Non c'è bisogno di parlare con un chimico, con un fisico. Che cos'è la colpevolezza? Lo sapranno i giuristi? No, non c'è un parametro. Non c'è per la prevenzione generale, ma neppure per la colpevolezza che deve limitarla. Ovviamente non parliamo del dolo o della colpa, senza i quali l'illecito neppure esiste come illecito penale, essendo *incostituzionale* un illecito oggettivo.

Dolo e colpa fondano e non limitano, dunque, la responsabilità.

La colpevolezza è una loro qualità, un ulteriore livello di imputazione personale legato alla normalità o al contenuto della motivazione. Ma che fatica entrare nei moventi! Il dolo di un autore normalmente motivabile è più grave e “colpevole” della colpa. Ma come lo misuriamo in termini di pena? La quota fissa maggiorata per il dolo è una scala edittale, ma va poi riempita in concreto.

In diritto civile infatti non si commisura la colpevolezza: il risarcimento è 100 perché prescinde anche dal dolo o dalla colpa, naturalmente, ed è uguale la risposta. Quando il diritto civile si avventura in tali meandri, come si sta avventurando nei *punitive damages* e nelle nuove sanzioni civili per i reati depenalizzati che rimangono un illecito punitivo, vediamo che ovviamente si smarrisce la sanzione civile classica, che diventa più simile alla sanzione penale commisurata alla colpevolezza, ma è ormai un'altra cosa.

E allora di che cosa è riempita questa proporzione? È riempita di *prevenzione generale* in prima istanza, da parte del legislatore, e questo lo vediamo ogni giorno. Osserviamo le cornici edittali, guardiamo come sono costruite²⁹: c'è un rapporto tra la pena fino a 30 anni per il sequestro di persona a scopo di estorsione e i fatti che in concreto possono integrarlo? Anche un sequestro di un giorno? Infatti la Corte costituzionale ha dovuto dichiarare l'illegittimità dell'art. 630 cp nella parte in cui non prevedeva una diminuzione di pena per i casi di lieve entità. Lì c'era un *tertium comparationis* (l'art. 311 cp) costituito dall'attenuante della lieve entità del fatto per i delitti contro la personalità dello Stato, compreso il sequestro a scopo di terrorismo *ex art. 289-bis cp*³⁰.

Altrimenti, oggi, neanche l'esiguità di cui all'art. 131-*bis* cp varrebbe allo scopo, perché l'art. 131-*bis* si applica solo nel limite massimo di pena di cinque anni di reclusione. Un *overkill* sanzionatorio originario è presente in tante altre fattispecie: ricordo l'art. 74 dPR n. 309/1990 in materia di stupefacenti, l'omicidio stradale, la corruzione continuamente aggravata in un rialzo periodico all'avvicinarsi dei governi. Sono continui gli esempi. Oltre ai massimi, in Italia abbiamo il problema dei limiti edittali inferiori molto elevati, perché si vuole impedire al giudice di operare una commisurazione della pena reale. In Francia non c'è il minimo edittale, c'è il massimo; in Germania abbiamo dei minimi bassissimi, tranne che per i crimini che sono i delitti più gravi. Noi invece abbiamo quasi sempre minimi alti, che impediscono di individualizzare veramente la pena, di attuare quella individualizzazione che invece è il vero progetto penologico dell'art. 27, comma 1, Cost., perché la pena vera non è quella minacciata, la pena *giuridica* è quella che si applica, quella applicata, e che comporta un percorso di individualizzazione.

Se consideriamo i criteri dell'art. 133 cp, essi sono tutti diretti alla individualizzazione, e

²⁷ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1968, tr. it: *Responsabilità e pena*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981, pp. 34 ss.

²⁸ Un mito *deutsch* penetrato in Italia come una tossina. Cfr. Già E. Beling, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht* (Lipsia, 1908), Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1978, p. 72: «Sono una legione i mali idonei alla retribuzione. Qualsiasi male che si possa immaginare di provocare all'uomo si armonizza con l'idea della retribuzione, purché sia rispettata l'identità di proporzione con la colpevolezza». Il fatto è che la personalizzazione non coincide con la misura della colpevolezza (che presenta margini insuperabili a volte, tanto più per un diritto penale laico) e la possibilità di “misurare il postfatto” è assai più affidabile del concentrare tutto il giudizio commisurativo su un atto spesso puntiforme della vita come il fatto commesso, nel quale si concentrerebbe tutta la colpevolezza del “reo”.

²⁹ Vds. già M. Donini e M. Pavarini, *Silète poenologi in munere alieno!*, op. cit., pp. 25 ss.

³⁰ Corte cost., 19 marzo 2012, n. 68.

quindi opposti alla prevenzione generale, la quale invece riempie già di sé le cornici edittali che quei criteri dovrebbero individualizzare. Ma a questo punto si rende necessario unire o conciliare un progetto di individualizzazione a una cornice che, invece, è fondata su parametri di prevenzione generale, che per definizione strumentalizzano i singoli. Kant e Bentham, o Kant e Beccaria insieme.

C'è così un'antinomia strutturale tra cornici e commisurazione.

A tale contrasto da sempre si cerca di rimediare vincolando lo stesso legislatore a parametri di proporzione e ragionevolezza idonei a porre un limite alla prevenzione generale.

9. L'incapacità della retribuzione-proporzione di costituire un vero limite

È dai tempi dell'illuminismo che questa tematica si è posta restando attualissima sino a oggi.

Il fatto è che la stessa retribuzione, che dovrebbe servire allo scopo indicato di limitare l'utilitarismo smisurato della prevenzione generale, in realtà non ha un parametro di grandezza.

Io non posso commisurare il bene della libertà ai reati di violazione dei sigilli, alla bancarotta semplice o preferenziale, a un reato di intralcio alle indagini e quant'altro: qual è l'unità di misura che mi fa dire che in un caso 2 anni o 6 anni sarebbero congrui?

Accade allora – ecco come viene riempita la proporzione, questa volta in concreto, oltre che di prevenzione generale – che ci si accorda con una definizione stipulativa del *listino prezzi*, per riprendere un'espressione che Hegel usò per dire che cosa *non* doveva diventare il codice penale³¹. E quindi il legislatore, quasi immune da sindacati di legittimità, salvo il rispetto di un relativissimo art. 3 Cost., riempie come vuole le cornici di prevenzione generale; quando poi il magistrato comincia a svolgere l'attività giudiziaria, gli viene insegnato che per questo reato, almeno in questo ufficio, almeno in questa circoscrizione, si applica mediamente una certa pena-tariffa, mentre da un'altra parte c'è un altro criterio, magari. Ma dove è scritto il criterio? Questo per dire quanta politica, prassi, convenzione siano coinvolte; che è una scelta cangiante, di politica giudiziaria, ma di scientifico il tema della pena applicata ha molto poco, quasi nulla, e deve essere completamente ricostruito, nei limiti del razionalmente possibile.

L'idea del delitto riparato, della riparazione come matrice orientativa di calcolo e di "senso", vuole offrire una prima base (più) scientifica di commisurazione, perché dice: attenzione, il primo parametro è la riparazione, se c'è la riparazione *cambia la base della pena*, che riparte da un limite edittale nuovo, ma tutta la pena dovrà beneficiare di questo *nuovo orizzonte di senso*.

Trovare misure equivalenti per la riparazione è più oggettivabile e razionale della ricerca di parametri di misura degli stati soggettivi.

Però – ritorniamo alla domanda iniziale – se la riparazione non c'è, rimane la pena ordinaria? Quella sulla base della quale è stata immaginata la diminuzione, la diminuzione, o il titolo autonomo del delitto riparato?

Se la riparazione non c'è, residuerà la pena tradizionale, ma una pena agita, anche in questo caso, sarà sempre più rieducativa e risocializzante della pena subita.

10. Il postfatto come parte della cornice di pena e la riparazione come pena

Si consideri che già l'attenuante dell'art. 62, n. 6, cp, che abbatte la pena fino a un terzo, non è un quadro sanzionatorio realmente esterno, come potrebbe sembrare all'apparenza. Il postfatto è già parte della cornice ordinaria (anche se non contiene la diminuzione fino a un terzo). Tanto ne è ricompreso che occupa anche la seconda parte dell'art. 133 cp (la ca-

³¹ G.W.F. Hegel, *Über die neuzeitlichen Behandlungsarten des Naturrechts* (1802-1803), tr. it.: C. Sabbatini (a cura di), *Le maniere scientifiche di trattare il diritto naturale*, Bompiani, Milano, 2016, pp. 318 ss., § 168.

pacità a delinquere è desunta: «(...) 3. dalla condotta contemporanea e susseguente al reato»).

La cornice ordinaria (per es. da uno a sei anni) non è dunque pensata solo per *il fatto* commesso (la gravità del reato, prima parte dell'art. 133 cp). E se *il postfatto* è già al suo interno, non possiamo pensare una diminuzione del delitto riparato come qualcosa di *estrinseco alla pena*.

Se diventa programma sanzionatorio è pena esso stesso! Non una sua mera "diminuzione" che tenga conto di una "vicenda privata": è una modalità sanzionatoria. E dunque la pena non è costitutivamente retrospettiva, né dominata dalla colpevolezza *ex ante*. Ciò che rappresenta una formidabile sconfessione ulteriore della prospettiva retribuzionista³².

Attualmente viene semplicemente considerata come una attenuante comune della riparazione, salvo ipotesi speciali. Ma in prospettiva le cose potrebbero cambiare.

La commisurazione infraeditale (che guarda alla condotta successiva al reato: art. 133, seconda parte, n. 3 cp) non è un genere di pena diverso da quella extraeditale: la mediazione penale, che fino a poco tempo fa era valorizzabile solo *ex art. 133 cp*, se realizzata prima del giudizio, è una forma di pena agita. Certo, lo diventa quando sia riconosciuta la sua valenza sanzionatoria nel codice penale.

La riparazione della messa alla prova (art. 168-*bis* e -*ter* cp) è ancor più concepita oggi come pena agita, che "tiene luogo" della pena subita.

Siamo così entrati in un diverso orizzonte di senso.

Se queste sanzioni diventano la prima scelta del *menu* sanzionatorio, la pena subita ne resterà coinvolta, condizionata, riparametrata.

11. Le nuove cornici e il ruolo del bene protetto

Veniamo dunque alla strategia di costruzione delle scale sanzionatorie "tra" i diversi reati e quella delle cornici dei singoli reati.

Come si dovrebbe tenere conto qui dell'idea riparativa? A mio avviso si dovrebbe cominciare dai delitti più gravi per la costruzione delle cornici editali: quelli normalmente ritenuti irreparabili, dal genocidio all'omicidio etc., irreparabili *in rerum natura* diciamo, che però non possono avere più di un *quantum* limitato di pena, sproporzionato per difetto nelle *gross violations*. Gli altri reati, di conseguenza, essendo comunque meno gravi, dovranno avere una proporzione sanzionatoria a discendere.

Almeno in questo tipo di sproporzione c'è una logica umanistica e non vendicativo-simmetrica-reattiva.

Attenzione: la base, per il legislatore, non sono dunque il bene protetto, il suo rango, la gravità del fatto *in sé considerati* come fondamento di un calcolo "al raddoppio".

Non si tratta infatti di castigare simmetricamente o per contrappasso.

Questo è un progetto di razionalità proporzionalistico-decostruttiva delle cornici prima e, poi, anche della commisurazione infraeditale.

È chiaro che il legislatore sarà sempre tentato e, in qualche modo, legittimato democraticamente o populisticamente a definire queste cornici anche tenendo conto di criteri generalpreventivi. Tuttavia, se passa l'idea di una razionalizzazione del sistema che guarda a un progetto riparatorio in senso lato, ma anche alla prospettiva del delitto che non paga, della restituzione etc., compresa l'idea di una riduzione razionale delle cornici, io credo che questo disegno complessivo possa mantenersi realistico tenendo conto di alcune eccezioni che spettano pur sempre alla responsabilità politica di chi introduce tali eccezioni.

Cosa c'è di giustificativo in questa nuova idea di delitto riparato e cosa c'è di visionario?

³² La stessa pena ordinaria va pensata sottraendo ai suoi limiti maggiori una parte in diminuzione per condotte successive al reato che non attingano a un'attenuante tipica. Abbiamo una pena generale che mi dà 6 anni, che peraltro, in caso di delitto riparato, considera nel suo programma originario questa possibilità di ridursi a 4, la "contiene" già nella sua misura astratta editale, perché già la conterrebbe in assenza dell'attenuante comune.

12. La base positiva di un garantismo tripolare

Il primo fondamento positivo di questa idea parte dal necessario orientamento della personalità della responsabilità penale alla tutela dei beni e alla protezione effettiva della vittima, oggi riconosciuta a livello internazionale e nazionale, dentro a costituzioni e codici. Si omettono le citazioni.

Il fondamento costituzionale della tutela dei beni risiede negli artt. 2 e 27, comma 3, Cost.: solo una pena che tuteli i diritti fondamentali delle parti del conflitto restaura la frattura del reato, e dunque la pena agita assicura il modello rieducativo-risocializzativo del programma costituzionale. La tutela dei beni deve essere al centro di questo programma. Non come obbligo costituzionale di intervento penale, naturalmente, ma come onere di costruzione della regola penale nella forma della tutela dei beni.

Quanto detto impone *una concezione tripolare del garantismo*.

Il garantismo tradizionale, specialmente in materia penale, ha avuto una visione bipolare del diritto penale: da un lato l'autorità e dall'altro l'individuo; ci sono le garanzie che limitano i pubblici poteri di fronte ai diritti dell'autore, dell'imputato, dell'indagato, del condannato, mentre lo Stato, e per esso la macchina giudiziaria, il giudice, il pubblico ministero operano come momenti dialettici di una tensione che *il diritto (esterno agli attori di quella dialettica)* ha il compito di governare.

Ma a chi appartiene il diritto? Chi ne è il custode se i suoi attori sono già parte della contesa?

Invece oggi, da un lato occorre escludere lo Stato come "parte" di un conflitto, mentre non si può non inserirvi anche la vittima, perché la vittima fa parte ormai del meccanismo, non perché possa entrare nel processo per sostituirsi al pubblico ministero e rendere vendicativa l'azione giudiziaria. Ovviamente la vittima, quando c'è, va sempre neutralizzata in questa sua istanza di puro castigo privato, se di questo si tratta: compito che ha sempre svolto il diritto penale, neutralizzando la vittima³³. Su questa esigenza deve rimanere fisso lo sguardo delle istanze di giustizia riparativa³⁴.

Però la vittima deve essere al centro delle occupazioni, degli interessi penalistici dello Stato quando introduce sanzioni. E in definitiva l'obiettivo è quello della riduzione del male complessivo, per l'autore, per i cittadini che potrebbero comunque essere indagati, e per la vittima: complessivamente, c'è un bilanciamento tripolare in questo senso.

Altra innovazione, come detto, è che *nella dialettica indicata non si deve includere lo Stato*.

Infatti lo Stato, come Stato di diritto, deve essere per definizione dalla parte del diritto, e dunque non più contrapposto all'individuo: lo Stato è guardiano delle garanzie, non contraddittore dell'imputato³⁵.

13. La decodificazione in atto rispetto al paradigma codicistico della riparazione

Il secondo fondamento positivo è costituito dalla decodificazione marcatissima del modello codicistico originario³⁶.

³³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, pp. 233 ss. e 325 ss.

³⁴ Cfr. A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 75 ss., e qui fondati ammonimenti, da esperienze inglesi, sull'impatto negativo di forme di giustizia riparativa nei reati più gravi, per effetto dell'impulso delle vittime a superare parametri sanzionatori di proporzionalità.

³⁵ Per una rivisitazione del garantismo penale si consenta il rinvio a M. Donini, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019, anticipato in *DisCrimen*, 16 dicembre 2019, pp. 1-31, e in *Ordines*, n. 2/2019, pp. 96 ss.

³⁶ Rinvio alla rassegna, nel frattempo divenuta incompleta, delle ipotesi di condotte riparatorie contenute in numerosissimi casi di non punibilità o attenuazione della responsabilità punitiva in senso stretto, in M.

La regola codicistica per i delitti dice: non si torna indietro dal delitto, al massimo c'è un'attenuante; nelle contravvenzioni invece si ammette che si possa sempre tornare indietro, pagando l'oblazione discrezionale oppure obbligatoria di cui agli artt. 162 e 162-bis: questo è il modello codicistico.

Si è quindi differenziato e approfondito il sistema contravvenzionale: nelle contravvenzioni abbiamo sempre più spesso forme di oblazione che esigono una riparazione dell'offesa, soprattutto una neutralizzazione del pericolo; è una soluzione moderna, intelligente.

Nei delitti abbiamo invece tantissimi esempi di riparazione – per questo parlavo di fondamento positivo – che restituiscono l'immagine di una decodificazione colossale, il modello di un codice decodificato dalla politica criminale vera, moderna, contemporanea.

Propongo allora di trarre da ciò una indicazione: inseriamo già nel codice le forme più generalizzabili e durature, quelle meno colpite dalla ragion di Stato o da opportunismi economici. Costruiamo figure generali.

Alcune figure erano presenti, come si sa, nel codice penale originario:

dallo scioglimento della cospirazione e della banda armata (artt. 308 e 309 cp), alle ipotesi della ritrattazione nei reati contro l'amministrazione della giustizia, falso giuramento, falsa testimonianza etc.; abbiamo nell'insolvenza fraudolenta l'adempimento che estingue il reato.

Esistono poi altri casi di neutralizzazione dell'offesa oggettiva che produce la non punibilità. Dal 2002 esistono addirittura, nei reati in materia societaria, forme di risarcimento che estinguono il reato, negli artt. 2627, 2628, 2633 del codice civile riformato.

Nel decreto legislativo n. 231/2001 sugli enti già si sono ricordate le importanti ipotesi di non punibilità, sia pur con riferimento ad alcune sanzioni: l'eliminazione delle conseguenze pericolose e dannose del reato e, congiuntamente, il risarcimento integrale che escludono l'applicazione delle pene interdittive con forte riduzione per quelle pecuniarie. È paradossale, ma nel diritto penale economico ci sono più spazi di giustizia riparativa in senso lato; oggi è quasi più facile riparare qui che non in altre forme del diritto penale, forse perché ci sono i mezzi economici per farlo: mi rendo conto che chi non li ha paga con altri beni, però bisogna offrire percorsi diversi, non deve diventare una giustizia di classe la possibilità "differenziata" di estinguere *ex post* offese patrimoniali, anche perché la riparazione non è il risarcimento. Il risarcimento è strutturalmente più condizionato da differenze di classe, la riparazione no.

Il modello delle contravvenzioni l'abbiamo già menzionato.

Osserviamo poi tutta una serie di altre ipotesi che sono nel sistema: il pagamento del debito tributario, gli artt. 13 e 14 d.lgs n. 74/2000, con rilevanti riduzioni della responsabilità; la riparazione integrale del danno nell'inquinamento idrico, l'art. 140 d.lgs n. 152/2006, la bonifica dei siti; numerosi sono i benefici che guardano all'autore con i premi per la collaborazione elaborati in materia di criminalità organizzata, mafia (erano già nella legge Pica del 1863!), e poi estesi alla criminalità comune; è un altro tipo di riparazione, che a me non piace ideologicamente, però occorre prenderne atto. Segnalo la diversità delle politiche criminali che sono nel sistema: la collaborazione processuale rileva oggi nel diritto d'autore, nel contrabbando, nel furto e nella ricettazione, nell'immigrazione, nella riduzione in schiavitù, nella tratta, in materia di pedopornografia, proprietà industriale, nei reati relativi ai prodotti agroalimentari, e ogni commissione di riforma ha di fronte la prospettiva o la scelta se estendere questo modello, ormai come si contemplan altri modelli di comportamento sopravvenuto. Abbiamo norme tradizionali che condizionano anche nel codice penale l'applicazione di certi istituti al risarcimento: come da sempre la seconda sospensione condizionale, esistono altri istituti che in qualche modo ne recepiscono lo schema; abbiamo i condoni, tutti i condoni tradizionali, l'amnistia condizionata, e poi gli indulti, gli indultini, i moderni condoni tributari, previdenziali, urbanistici, legati a forme riparatorie in materia di omesso versamento delle ritenute operate, le sanatorie di regime nei reati edilizi in ambito paesaggistico-ambientale, lo scudo fiscale.

Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in D. Brunelli (a cura di), *Studi Coppi*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, pp. 889 ss., spec. pp. 919 ss.

Non cito che cosa è successo nel diritto minorile, in quello del giudice di pace, e poi le più recenti ma importanti riforme generalissime in materia di messa alla prova, di estinzione dei reati perseguibili a querela per effetto di condotte riparatorie (art. 162-ter cp), e tutti gli istituti di giustizia riparativa che cominciano a essere costanti del sistema.

Nell'esecuzione, l'art. 21 ord. penit. ammette pressoché tutti al lavoro all'esterno, con i noti limiti, dopo un tempo non eccessivo (10 anni per l'ergastolo, un terzo della pena eseguita ma con massimo di 5 anni per i reati dell'art. 4-bis) e oggi, al comma 4-ter, in vista di specifiche attività prestate a favore delle vittime³⁷.

Come si vede, sono elenchi di politiche criminali ancora differenziate, ma sempre più estese a macchia d'olio e direi nemmeno più orientate alla pura "decodificazione" (del modello ex art. 62, n. 6, cp, pur rimasto), ma ormai alla "ricodificazione"; sono riforme costituenti, che ci fanno vedere come la politica criminale moderna e contemporanea sia attenta *per le ragioni più varie* al momento riparativo, al momento della riparazione dell'offesa, oltre che del risarcimento del danno, ben oltre gli istituti di *restorative justice* dai quali siamo partiti.

14. Tutela dei beni e unità di misura asimmetrica

Un altro argomento giuspositivo già ricordato, e non semplicemente visionario, in questa prospettiva è il necessario orientamento della responsabilità penale alla tutela dei beni, alla protezione effettiva della vittima secondo il fondamento costituzionale degli artt. 2 e 27, comma 3.

La pena tradizionale a struttura retributiva – simmetrico-reattiva – non ha affatto preservato il paradigma della tutela dei beni giuridici: se fosse stata davvero proporzionata avrebbe imposto di misurare la pena sul valore di beni protetti, o meglio del danno o del pericolo cagionati. Eppure questo non è accaduto: quella proporzione funziona come limite, più che come fondamento, perché il fondamento sono i bisogni di tutela, l'allarme sociale, la colpevolezza, la prevenzione, *nei limiti* della proporzione. La proporzione funziona come valvola di salvataggio.

Una pena post-riparatoria esige invece che la scala interna della cornice sia parametrata sul danno.

Unendo questo fondamento all'evoluzione in senso tripolare del garantismo, alla decodificazione del modello tradizionale di risposta retributiva e poi alla necessaria sproporzione per difetto della pena nei crimini più gravi, questo complesso di evoluzioni normative getta nuova luce sul modo di gestire la proporzione in sé e comporta una piena delegittimazione della pena tradizionale.

La pena tradizionale non ha un fondamento epistemologico nella sua stessa idea di proporzione anche per chi volesse essere un retribuzionista, diciamo, classico; è proprio l'impossibilità dell'unità di misura della proporzione che la rende scientificamente ingestibile: non c'è un'unità di misura che metta in comunicazione quantitativa la diffamazione, la detenzione illecita di armi o stupefacenti con l'associazione per delinquere o l'ostacolo alle funzioni di vigilanza di qualche *authority*.

Se invece partiamo dalla riparazione, e dunque dai beni in chiave non di simmetria punitiva, ma riparatoria, muovendo dai reati più gravi troviamo *due stelle polari per ripartire*, e questa direi che è la parte più visionaria, il disegno che mi è venuto in mente di proporre e che è diventato per me quasi una ragione di vita accademica e un dovere di testimonianza civile.

Si tratta di ripensare *due scale sanzionatorie*: la scala esterna e quella interna alla fattispecie³⁸.

³⁷Cfr. G. Santalucia e M.R. Marchetti, *Art. 21*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2019, pp. 340 ss.

³⁸ La costruzione di una scienza delle cornici edittali era sottolineata, ancora vent'anni fa, da C. Roxin, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, in A. Eser - W. Hassemer - B. Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, Monaco di Baviera, 2000, p. 389. Tutta

La scala esterna è il rapporto con gli altri reati. Qui la prospettiva deve essere discendente da quelli più incommensurabili e necessariamente sproporzionati per difetto nella pena: anche il genocidio non “merita” (*sic*) più dell’ergastolo non ostativo e dunque un trattamento aperto alla risocializzazione. Gli altri reati dovranno parametrarsi su questo massimo possibile, ma a discendere, salve le esigenze “politiche” della prevenzione generale che appaiano comunque legittime in termini di proporzione.

La scala interna, invece, va misurata sì rispetto al bene giuridico offeso, ma in rapporto alla sua riparabilità o riparazione come “*base di calcolo*”, che è unità di misura meno arbitraria: non un’idea manipolabile di gravità e proporzione dove si mettono “dentro” alla cornice, *indistintamente e dall’inizio*, fatto, colpevolezza e autore³⁹. La cornice deve invece essere parametrata sulla misurabilità della riparazione; gli stati soggettivi, tendenzialmente, devono occupare una quota ridotta della cornice – il dolo non è il triplo della colpa, se non per effetto del dominio della prevenzione generale, che ha in realtà paradossalmente condotto a ravvicinare tutti i minimi, anche quelli colposi, in aumento – essendo tutti destinati a misurare arbitrariamente il fatto in modo soggettivo: dolo e colpa restano criteri *impersonali* di imputazione di un fatto⁴⁰; mentre i motivi (colpevolezza e motivazione) sono oltre il perimetro del fatto e dovrebbero funzionare come parametri di limitazione, non di base per la risposta, risultando aggravanti soprattutto se legati anche a una valutazione prognostica (per esempio, ipotesi residue di recidiva), perché “castigare di più per i motivi al tempo del fatto” è un’operazione che per essere razionale e *non reattiva* necessita di bilanciamenti orientati al futuro, e se sono orientati al futuro non possono legarsi solo al carcere come castigo, che è pena senza scopo, ma a forme detentive differenziate in ragione

la produzione anglo-americana sul *sentencing*, dopo le teoriche del *just desert*, ha ripensato variamente queste tematiche, per quanto sia sempre dominata da una cultura di *blame and censure*. Rinvio a G. Mannozi, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Cedam, Padova, 1996. Vds. pure, nella nostra letteratura, C. Pongiluppi, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, nn. 2-3/2007, pp. 947 ss. Al tema delle cornici avevo dedicato il § 8.8 di *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 269 ss., a cui faccio rinvio. Sono studi ormai un po’ risalenti, ma la situazione italiana della gestione populistica o processualmente condizionata delle cornici edittali non ha reso meno urgente una precisa analisi critica del tema, e anzi una battaglia politica di riforma al riguardo, che peraltro mi pare inseparabile da una riforma codicistica lontana dal presente, e che potrà al limite essere favorita da interventi ripetuti della Corte costituzionale nell’attività (pur circoscritta) di controllo delle pene edittali.

³⁹ Uno dei più bei libri di diritto penale del Novecento è di Lucio Monaco: *Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Napoli, Jovene, 1984. A Lui è dedicato questo scritto. In quello studio è contenuta una analisi molto efficace e istruttiva della “*Spielraumtheorie*” (*ivi*, pp. 221 ss. e 255 ss.), la concezione dominante ancora oggi nella letteratura e, soprattutto, nella prassi tedesca della commisurazione (per una illustrazione didattica sintetica, ma anche critica, *cfr.* M. Romano e G. Grasso, *Commentario*, vol. II, artt. 85-149, Giuffrè, Milano, 2012 - quarta ed. -, *sub art.* 133/30 ss.), che lascia peraltro spazio a tutte le finalità della pena, compresa la prevenzione generale, dentro al “margine” ancora ampio di pena comunque in concreto adeguata alla colpevolezza; in quel contesto si è in effetti tentato di fare della commisurazione una scienza, ma che ciò sia davvero accaduto appare oggi assai dubbio: *cfr.* G.-F. Günstge, *Die Spielraumtheorie. Dominanz einer “unwissenschaftlichen” Strafzumessungslehre?*, in *ZIS*, n. 9/2018, pp. 384 ss. Ricordo che a partire da Corte cost. n. 313/1990 (§ 8), si è affermato nel nostro sistema un ordine assiologico tra i fini della pena che vede la prevalenza della finalità rieducativa-risocializzativa. Abbandonate, anche se con evoluzioni non sempre lineari, le teorie polifunzionali, la Corte costituzionale arriva da ultimo, con la sentenza 21 giugno 2018, n. 149, a dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-*quater*, comma 4 dell’ordinamento penitenziario, affermando (§ 7) «*il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*» (in motivazione si citano in senso conforme le sentenze della Corte nn. 78/2007, 257/2006, 68/1995, 306/1993 e 313/1990). La Corte confonde fini e funzioni, ma la prevalenza del fine rieducativo appare un dato oggi inconciliabile con le teorie polifunzionali.

⁴⁰ Per una giustificazione dell’assunto alla luce dell’intera struttura dell’analisi del reato (impersonale l’illecito, personale la colpevolezza) si consenta di rinviare a M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991: il processo di primo grado mette di regola in primo piano l’accertamento (“fattuale”) dell’illecito, comprensivo di dolo e colpa impersonali, mentre i momenti di personalizzazione, a parte le scusanti e alcune tipologie di processi o imputati, sono modesti o affrontati in seguito. Tutta la commisurazione della pena in primo grado risente in modo pesante di questi limiti: peraltro, non ci sono solo esigenze “di garanzia” (il cd. diritto penale del fatto), ma anche di applicazione della personalità della responsabilità penale e dello stesso volto umanistico della giustizia.

degli scopi; inoltre, le considerazioni finalistiche devono avere un ruolo più importante proprio per il necessario teleologismo della pena legato anche a comportamenti “extrafattuali”, cioè successivi, non espressione di logiche passatiste.

Perché, come anticipato, non credo più nella possibilità di continuare a studiare la teoria del reato prescindendo dalla sanzione? Perché è una separatezza che non fa i conti con la assoluta ascientificità della gestione della questione sanzionatoria, che è il momento più politico e meno scientifico di tutto quanto il sistema. Un *vulnus* che però fa cadere tutto l'impianto, e che quindi ci impone di ricominciare a ricostruirlo dalla fine: ricostruire il sistema penale partendo dalla pena significa ribaltare il modello epistemico della teoria del reato pensata a prescindere dalla sanzione.

La causalità o il pericolo potranno sempre essere analizzati e commentati a prescindere dalle sanzioni, ma altri studi risulteranno astratti, separati, avulsi, idealistici, e in definitiva artificiali, perché scollegati dal sistema *in action* e dall'*output* che producono. Vari istituti dovranno essere riscritti se ripensati in relazione all'*output*.

Negli anni della Seconda guerra mondiale si poteva mai produrre il Zyklon B (nato come disinfestante e insetticida) senza sapere che veniva usato per le camere a gas? Ecco, se prescindiamo dalla pena, noi studiamo la causalità e il pericolo, e magari l'offesa e il danno con la stessa leggerezza morale, perché quelle bellissime categorie finiscono tutte nei nostri *lager* contemporanei.

15. [Segue] Le scale sanzionatorie e le cornici

Le scale sanzionatorie, rideterminate a discendere e non in modo simmetrico “al raddoppio” rispetto alla lesione del bene, terranno allora conto dall'inizio del momento riparativo: se per il furto “tradizionale” la pena ordinaria è di x anni in astratto, e in quella cornice x c'è una parte di mancata riparazione, la cornice del furto riparato sarà già inferiore; e se poi il delitto riparato dovesse diventare un titolo autonomo con pena assimilata a quella del tentativo, una autonoma cornice di pena o *anche una attenuante ad effetto speciale*, la categoria della riparazione avrà comunque sottratto al reato consumato il suo significato paradigmatico di pena-base: perché la pena base si fonda ora su una distinta cornice.

Ma se le cose stanno così, si dovranno ripensare dappprincipio tutte le cornici, che avrebbero una componente di mancata riparazione oscillante tra un terzo e i due terzi di quella pena. Una volta che la riparazione le riduca di questa misura, saremo ancora certi di voler mantenere quegli aumenti simmetrici?

Infatti appare a quel punto chiaro che la pena edittale ordinaria ha al suo interno una parte ormai centrale di proporzione collegata all'offesa (e alla sua riparabilità), ma non alla colpevolezza *ex ante*, che non diminuisce per effetto del postfatto.

È il «*danno fatto alla nazione*» di Beccaria⁴¹ a risultare rifondativo, più che la «*voluntas*» di cui parla Adriano nel suo famoso rescritto⁴². C'è allora – c'è già e può ragionevolmente essere aumentata – una base commisurativa costruita sul nesso offesa/riparazione, non sul nesso colpa/castigo.

E la personalizzazione (e individualizzazione) della responsabilità si gioca più sulla pena agita che nel subire una pena in relazione al passato.

La “colpevolezza passatista”, invece, è solo un limite per la pena subita, allora, più che un vero fondamento prospettico della pena agita.

Tutte le cornici potranno essere così riscritte in vista di questi nuovi programmi sanzionatori e diventare più oggettive e meno manipolabili da pregiudizi d'autore, preoccupazioni eticizzanti, biasimi sociali. Se le scale generali partissero dai delitti più gravi e irreparabili “a discendere”, la razionalità di sistema – salve le politiche criminali della ragion di Stato o contingenti – potrebbe guadagnare al diritto penale una base sanzionatoria nuova tale da assicurare anche alla costruzione degli illeciti, e alla relativa teoria, un fondamento

⁴¹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), § 7.

⁴² Adriano (76-138 d.C.): «*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*» (*Dig.* 48, 8, 14).

più scientifico, con una diversa legittimazione complessiva.

La vita quotidiana, la vischiosità dominante di millenni di pensiero retributivo, ci portano a ripetere un eterno ritorno di schemi precostituiti, ma noi non possiamo andare avanti così.

Quindi partiamo da questi dati: la più massiccia decodificazione in atto; una forte espansione di istituti di giustizia riparativa a livello internazionale, e a livello nazionale, con crescita delle pene alternative al carcere anche in funzione attivo-riparativa, non passivo-afflittiva; il carattere tripolare del garantismo dove lo Stato (rappresentato anche dalla Corte costituzionale, che non è ad esso esterna) non è più la vecchia autorità “nemica” e parte della dialettica, ma guardiano delle garanzie; l’incremento di programmi di pena agitata, e non subita, l’unica davvero risocializzante e rieducativa; la necessaria sproporzione per difetto di una pena non simmetrica nelle scale sanzionatorie.

Ecco perché è corretto affermare che c’è tutto un reticolato giuspositivo alla base di questo progetto. È un sistema che si sta allargando, che ci porta a concepire quindi in generale la pena in una visione post-riparatoria, la riparazione come un momento centrale per la rifondazione della sua struttura classica.