

IL DELITTO RIPARATO. UNA DISEQUAZIONE CHE PUÒ TRASFORMARE IL SISTEMA SANZIONATORIO*

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. La vecchia ideologia della pena subita, retrospettiva e reocentrica. – 2. L'incapacità limitatrice della retribuzione passatista, e il pieno di prevenzione generale. – 3. La realtà delle ipotesi di "perdono", di riparazione e di "non punibilità" disciplinate. – 4. Vetustà e residualità del modello codicistico del rapporto pena-riparazione-risarcimento rispetto a quello delle leggi penali complementari. – 5. L'obbligo del risarcimento, il dovere della pena subita, la riparazione come onere. – 6. Dalla riparazione come "terzo binario" alla pena agita post-riparatoria. – 7. La riparazione dell'offesa e del danno come *base epistemologica* della pena criminale, alternativa alla proporzione, duplicante il male. – 8. Delitto riparato ≤ delitto tentato. – 9. Riparazione e determinatezza. La riduzione complessiva del male per autore e vittima insieme. – 10. Riparazione e laicità. – 11. La riparazione *possibile* tra processo di cognizione e di esecuzione.

1. La vecchia ideologia della pena subita, retrospettiva e reocentrica.

La giustizia riparativa è la novità politico-criminale più importante degli ultimi lustri¹, a livello internazionale, sul terreno della prassi e della teoria della pena.

*Lo scritto amplia l'intervento svolto al Convegno di Como del 31 ottobre 2014 su "Giustizia riparativa e sistema penale. Evidenze di complementarità" organizzato presso l'Università dell'Insubria e sarà pubblicato in forma ridotta nel volume: G. MANNOZZI-G.A.LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino.

¹ V. soltanto i manifesti della speranza contenuti, oltre un decennio fa, in J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, Franco Angeli, 2003 (orig. *L'esprit de la Médiation*, Erès, Toulouse, 1998); G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003; ID., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1129 ss.; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in COSÌ, G., FODDAI, M.A. (cur.), *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, Milano 2003, 151 ss.; J. BRAITHWAITE, *Principles of Restorative Justice*, in A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A. BOTTOMS, J. ROACH, M. SCHIFF (Eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: competing or reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 1 ss.; ID., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in *Studi Pisapia*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000, 713 ss.; ID., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI, a cura di, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, 19 ss. La letteratura internazionale sul tema, da allora, è divenuta di difficile governabilità.

Ci vorranno altri decenni, almeno, per saggiarne pienamente le prestazioni, ma novità come queste, accanto al sorgere di una Corte internazionale per i crimini di guerra e contro l'umanità, al diffondersi internazionale della responsabilità degli enti, della scusabilità degli errori di diritto (penale e non), della non punibilità dei fatti esigui e di quelli inoffensivi, della necessaria retroattività della *lex mitior*, e all'abbandono delle diverse forme di oggettivazione e presunzione di responsabilità penale, sono capaci di mutare geneticamente il diritto penale sostanziale: ma tutte insieme non si orientano nel senso di eliminare *completamente* ogni componente afflittiva della pena², o di supporre come ontologicamente riparabile ogni delitto³. La giustizia riparativa, però, di tutte queste novità, è la più radicalmente diversa. Essa, infatti, nella lettura che cercherò di offrire, non solo introduce il principio del dialogo nel meccanismo punitivo; non solo trasforma in un segno positivo il male aggiunto costituito dal diritto penale, ma consente di modificare geneticamente la risposta punitiva in una dimensione equilibrata fra diritti della vittima e diritti dell'autore del reato, in chiave di riduzione massima della sofferenza di entrambi: in realtà, questo effetto, come vedremo, non è destinato a introdurre un semplice binario parallelo (una sorta di terzo binario) accanto al vecchio diritto punitivo-vendicativo-afflittivo-conflittuale (e a quello della pericolosità), ma a erodere le basi stesse di quel diritto penale classico, che l'idea riparativa orienta verso una nuova comprensione del significato stesso della pena in generale.

Che cos'è, infatti, il raddoppio del male? E' il diritto penale. La sua 'logica' è: chi ha commesso un male che è reato, subirà una pena proporzionata a quel male e dunque quel male si ritorcerà e duplicherà contro di lui. Se risarcisce il danno o ripara l'offesa, nei delitti ciò vale solo come attenuazione di pena (art. 62 c.p.), mentre nelle contravvenzioni c'è l'oblazione (art. 162 e 162-bis c.p., oltre alle forme speciali); se impedisce l'evento dopo che ha commesso l'azione, anche questo gli vale un'attenuante (art. 56, u.mo co., c.p.), salve le numerose eccezioni di parte e legislazione speciale (*infra*, § 3). La presenza della vittima, in questa logica retributiva, è

² Anche nella prospettiva qui seguita (§ 7, *infra*), la riparazione è alla base del calcolo teorico e dell'epistemologia della pena edittale, ma se non c'è, il fatto senza riparazione continua a produrre pena, e non premio o impunità. Il vero problema di un eventuale "successo" della giustizia riparativa è che sia poco "volontaria" e molto interessata: ciò che ne contraddirebbe l'essenza. Per restare "laica", però, la *restorative justice* deve poter essere processualizzabile: se rimane extraprocessuale può anche permettersi di puntare solo sull'umanità sofferente della riconciliazione volontaria; confluendo nel processo, invece, deve fare i conti con l'inevitabile tematica della sua "corrispettività", del suo prezzo economico-processuale.

³ Contributi più recenti, come noto, hanno evidenziato opportunamente anche i "limiti" della *restorative justice*: v. per es. C. CUNNEEN, *The Limitations of Restorative Justice*, in C. CUNNEEN, C. HOYLE, *Debating Restorative Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2010, 101 ss., 183 ss.; K. DALY, *The Limits of Restorative Justice*, in A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, J. ROBERTS (Eds.), *Principled Sentencing*³, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, 218 ss.; F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Franco Angeli, Milano, 2010. Ma v. pure T. WATCHEL, *Dreaming of a New Reality. How Restorative Practices reduce Crimes and Violence, improve Relationships and strenghten Civil Society*, Bethlehem (USA), 2013, 146 ss.; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per un'autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 133 ss.

del tutto eventuale, perché la vittima va neutralizzata nel suo bisogno di vendetta, e ad essa si sostituisce lo Stato, il cui monopolio della forza serve a tener fuori dal meccanismo punitivo la persona offesa, garantendole “giustizia”, ma non “riparazione”, per la quale resta aperta la via privatistica del risarcimento. La riparazione della stessa offesa, dunque, non è un obiettivo dello Stato. Che il reo ripari pure, se vuole, ma questa vicenda rimane o privata (danno risarcito) o secondaria (attenuante), perché la pena è solo pubblica ed è una pena subita passivamente, modellata “teoricamente” sul corpo del reo, la sola entità che può subire passivamente, non essendo ammissibile un male morale solo subito al di fuori di un “rapporto”, in quanto contrario ai diritti umani. La stessa offesa, quindi, categoria penalistica contrapposta al danno civile, è all’origine del calcolo di un meccanismo sanzionatorio estraneo al ripristino del danno o del bene protetto quale base di un’episteme positiva; e la risposta risulta indifferente al perdono o al pentimento, o al risarcimento, che non eliminano l’offesa prodotta. Solo la colpevolezza può delimitare la proporzione sanzionatoria tra beni, e proprio per questa sua capacità limitatrice viene intesa in senso retributivo anch’essa: base del rimprovero, del contrappasso, rispetto al quale la condotta posteriore al reato appare eccentrica. Una giustizia retrospettiva, dunque, che è però anche garanzia che lo Stato non guardi al futuro per *estendere* la pena in chiave preventiva: una tale “giustizia” deve accontentarsi di “misurare la colpevolezza” e insieme ad essa parametrare i valori sacrificati dal reato con la libertà del responsabile: due misurazioni scientificamente impossibili per disomogeneità dei valori e per inattingibilità dell’anima.

Essendo impossibile la proporzione agognata, a differenza della sanzione civile che è obiettivamente aritmetica, proprio perché non guarda agli stati soggettivi, ma solo al danno che positivamente risolve in un’unica unità di misura economica, non restava che la deriva preventiva a riempire la colpevolezza e la proporzione, in una logica del tutto spersonalizzante e generalizzante. Vediamola.

2. L’incapacità limitatrice della retribuzione passatista, e il pieno di prevenzione generale.

Almeno la pena proporzional-retributiva avesse avuto, nel suo guardare solo al passato e al reo, la funzione di limitare davvero la risposta punitiva e lo stesso diritto penale! Nulla di tutto questo: non essendo capace di offrire una base epistemologica di commisurazione, di misurare nientepopodimeno che fatti interni come la colpevolezza, essa è stata preda della prevenzione soprattutto generale, dopo la mitica stagione della Scuola positiva, deresponsabilizzante il singolo.

La pena giudiziale – l’unica vera pena *giuridica*, quella applicata – deve beninteso guardare al passato e non strumentalizzare la persona colpevole per ammonire terzi dal commettere fatti futuri che le verrebbero accollati retroattivamente, né coltivare pretese trattamentali senza costrutto, di fatto solo neutralizzatrici. Sennonché, il suo concentrarsi sull’autore, alla fine, ha prodotto il risultato di raddoppiare il male senza costruire in positivo.

La colpevolezza è riempita dalla prevenzione generale, funzionale a questa. Quest'accusa, che è stata formulata in termini non censori, in verità, da Günther Jakobs nel 1976, a metà dei favolosi anni Settanta, ha trovato l'opposizione forte della prevalente dottrina, e il disprezzo della non considerazione da parte di quella italiana maggioritaria⁴. Eppure, se non si riesce a misurare il rapporto epistemico tra il valore di una violazione di sigilli e la libertà, o tra un abuso di mercato, una bancarotta, l'inosservanza di una regola preventivo-cautelare, un'occupazione abusiva e la libertà, di che cosa riempiamo la proporzione e dunque le cornici edittali? Se per un genocidio al massimo si può irrogare un ergastolo (ovviamente), come posso poi comminare vent'anni per il possesso di una quantità ingente di stupefacenti?

In questo gioco ascrittivo, se non ho un parametro di proporzione credibile, non rimane che lo scopo preventivo, la sua intensità, sia pur moderata da raffronti con le altre cornici di fatti più o meno simili. Quando poi calcolo la pena "individualizzandola", sono già legato dalla scelta generalpreventiva preconstituita al calcolo.

Ecco perché la "colpevolezza" è riempita di prevenzione generale⁵.

Così accade quando nel dolo s'imputa a fatto doloso un comportamento con addebito sostanziale di colpa: nell'*error iuris* o nell'errore sull'età dell'offeso nei reati sessuali e di prostituzione minorile, o nell'errore colposo sulla verità dei fatti nella diffamazione a mezzo stampa etc. Così accade quando nella colpa tutta la ricostruzione soggettiva è modellata su una figura impersonale di "agente modello", che è la quintessenza della prevenzione generale nella fattispecie colposa: devi essere come il modello, la pretesa generale è la tua misura soggettiva! La tua colpa è antigiusuridicità! Cioè precetto, cioè prevenzione. Così accade quando la causalità è sostituita surrettiziamente da parametri di mero rischio, trasformando reati di evento in reati di pericolo, a struttura così fortemente preventiva. Così accade quando la giurisprudenza crea nuove fattispecie incriminatrici nell'ignavia colpevole del legislatore, colmando lacune e "costruendo" la nuova prevenzione generale a tutela di "nuove vittime". Così accade quando il processo divora ogni accertamento soggettivo in nome di qualche velocità procedurale allo stato degli atti: nei decreti penali di condanna, nei riti alternativi, nelle udienze preliminari dove-nessuno-ha-letto-le-carte, nelle udienze di Cassazione con 40-50 procedimenti alla volta e quasi tutto "si conferma".

Mentre i penalisti teorici hanno costruito ben tre categorie su quattro, dell'analisi del reato, che non si provano processualmente, cioè l'antigiuridicità, la colpevolezza personale e la punibilità (si provano solo il fatto oggettivo e un po' di quello soggettivo: la vecchia bipartizione!), noi ci chiediamo: a che cosa serve il processo? Questo tipo di processi? Ripara almeno qualcosa? Impone risarcimenti e ripristini? Ha un collegamento con il danno alla vittima? Con la "verità"? O una

⁴ G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976, 6-8, 32.

⁵ Si consenta di rinviare allo schizzo bibliografico tracciato nelle note 79-80 del nostro *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1200 s.

vittima non c'è, e se c'è, è per lo più vendicativa e rancorosa, un moltiplicatore di male aggiunto bisognoso di essere a sua volta rieducato? Non è forse vero che il processo coagula le pulsioni più primitive della società e i giudici le neutralizzano ideologicamente, veicolandole soltanto in forme più tranquillizzanti e spesso solo burocratiche?

3. La realtà delle ipotesi di “perdono”, di riparazione e di “non punibilità” disciplinate.

In mezzo a questo sfacelo generalpreventivo, a questa pseudo-retribuzione mediante la prevenzione e senza verità, ci si potrebbe chiedere: e tutte le decine e decine d'ipotesi di riparazione dell'offesa e del danno⁶, non sono un dato positivo nel sistema? Non producono un segno positivo di bene aggiunto? Dalle cause di non punibilità per condotte sopravvenute della parte speciale del codice (reati contro lo Stato, l'amministrazione della giustizia, il patrimonio etc.), ai moderni condoni (tributari, urbanistici, edilizi, previdenziali etc.), alle oblazioni giuslavoristiche, alla bonifica dei siti nei reati ambientali, dalle forme di collaborazione processuale quasi esimenti, ai risarcimenti del danno liberatori per alcuni reati societari, dalle amnistie e grazie condizionate alle premialità dei benefici sospensivi, esecutivi e penitenziari connesse a forme di ravvedimento, dissociazione o risarcimento (art. 47, co. 7 l. 354/1975, art. 27 comma 1 del d.p.r. 30 giugno 2000 n. 230), alle ipotesi di vere messe alla prova già del processo minorile (artt. 9, 27 e 28 d.p.r. 448/88), poi di quello del giudice di pace (art. 2, 29, 34, 35 d.lgs. 274/2000) e ora del diritto penale comune per effetto dei nuovi art. 168-bis e-ter -quater c.p., etc. dopo la l. 28 aprile 2014, n. 67? e per finire, da ultimo, ai pacchetti governativi di riforma dove è contemplata anche la proposta di una disciplina di causa estintiva “generale” per condotte riparative nei reati perseguibili a querela? non è questo tutto un “movimento” che si dirige in una direzione opposta al diritto penale generalpreventivo e spersonalizzante, che ripristina solo un messaggio di rafforzamento dei precetti, della macchina giudiziaria quale espressione di presenza autoritativa dello Stato?

A essere onesti, la congerie molto eterogenea d'ipotesi di non punibilità/riparazione sommariamente ricordate è tutto fuorché un chiaro disegno di politica criminale sanzionatoria, ma un insieme di politiche molto diverse, anche se tutte legate da un denominatore comune di valenza “riparatoria”. Non è questo, tuttavia, ciò che intendiamo oggi con giustizia riparativa. Non lo è perché ci sono logiche puramente strumentali di collaborazione processuale, di recupero economico di poste di bilancio, di ravvedimento condizionato a delazioni, di condotte di ripristino di situazioni del tutto indipendenti da una vera vittima, riguardando molte di quelle

⁶ Ne abbiamo approntato una rassegna critica in M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi Coppi*, vol. II, a cura di D. BRUNELLI, Jovene, Napoli, 2011, 889 ss., spec. 919 ss.

ipotesi reati senza vittima o con vittima indeterminata o istituzionale. C'è la cinica ragion di Stato in molte condotte riparatorie in senso lato, c'è la depenalizzazione di fatti bagatellari dall'origine (v. contravvenzioni, reati edilizi, previdenziali etc.), c'è la dura legge della lotta alla criminalità organizzata (v. il ricatto penitenziario della dissociazione per questi tipi d'autore), e poi ci sono, anche, forme di vera eliminazione dell'offesa *post-factum*, di risarcimenti e ripristini a favore della vittima, che condizionano istituti classici personalizzati (sospensione della pena, liberazione condizionale, riabilitazione etc.), fino ai nuovi istituti della giustizia riparativa minorile, del giudice di pace e della messa in prova degli adulti.

Una "non punibilità" complessiva che è espressione sì dell'*extrema ratio*, della sussidiarietà penale, ma per effetto di diversissime logiche politiche. Una non punibilità che si accerta davvero, a differenza della c.d. punibilità come quarto elemento del reato, ma che non ha ancora una dimensione di raccordo fondazionale con la pena.

Questa nuova dimensione fondazionale, invece, può averla la *giustizia riparativa nel significato più ristretto e specifico* che andiamo ora a lumeggiare.

4. Vetustà e residualità del modello codicistico del rapporto pena-riparazione-risarcimento rispetto a quello delle leggi penali complementari.

Pur non ravvisando nel quadro già schizzato un chiaro disegno presente in una qualche *mens legis* complessiva, è doveroso chiedersi *quale linea evolutiva* si profili dall'osservazione delle logiche del pentimento e del perdono disseminate nell'intero sistema penale, soprattutto extracodicistico.

E' in corso, al riguardo, la *più grande decodificazione della storia del codice Rocco*.

Noi possiamo constatare che quanto più risarcimento e riparazione siano avvenuti *post factum*, tanto più essi modificano sino a fare scemare il bisogno di pena.

Gli istituti che, nei diversi settori, recepiscono questa idea, sono numerosissimi e riguardano tante differenti politiche sanzionatorie. Esse ci insegnano che il computo della pena sarà molto diverso a seconda dei casi, perché *l'evoluzione della politica criminale contemporanea* rispetto al 'modello' codicistico dei rapporti pena/riparazione/risarcimento dice esattamente che *quel modello sta diventando residuale, e non fondazionale*, secondo la logica tipica della decodificazione⁷.

L'idea che il delitto, in quanto tale, sia un illecito dal quale " non si torna indietro", sì che altro non rimanga, salva la grazia sovrana⁸, che subire la pena

⁷ Sul modello civilistico, cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979.

⁸ Secondo l'ultima delle otto definizioni dei crimes raccolte da C.S. KENNY, *The Nature of a Crime*, che costituiva il primo capitolo della prima edizione dei *Kenny's Outlines of Criminal Law* (1902), poi successivamente ed. by J.W.CECIL TURNER, Cambridge University Press, e collocato, a partire dalla 16^a ed., in appendice: ed. 1952, 530 ss., 539: "wrongs whose sanction is punitive and is in no way remissible by any private person, but it is remissible by the Crown, if remissible at all".

meritata, non appartiene alla politica criminale contemporanea in numerosi settori di intervento penale.

Essi non appaiono più, a un'attenta osservazione, di carattere eccezionale, perché l'estensione e la vastità della loro sperimentazione stanno mutando il quadro generale, nel segno di una *vera decodificazione* molto più accentuata, qui, dei casi commentati dalla letteratura penalistica di decodificazione nel significato corrente⁹.

L'evoluzione tratteggiata, che riguarda le "logiche" del pentimento e del perdono nel sistema penale, attesta quindi *la vetustà del modello codicistico, a fronte della legislazione penale complementare*.

Il problema è se sia ormai maturo il tempo per un ripensamento complessivo di questa situazione, nel senso di una trasformazione in atto del modello originario, al punto di pensare che sia attuale una sua sostituzione.

Noi riteniamo che non siamo ancora giunti a questo punto, ma che i segnali del superamento del paradigma siano ormai molto chiari, riguardando essi tutto il sistema sanzionatorio. Spetta precipuamente *alla dottrina* l'elaborazione di *un paradigma alternativo* a quello ancora vigente. Gli istituti più recenti della giustizia riparativa, a cominciare dalla messa alla prova per gli adulti nel regime ordinario della pena, insieme alle normative internazionali di riferimento, rappresentano un indice molto chiaro dell'attualità di questo compito, che andiamo ora a tratteggiare.

5. L'obbligo del risarcimento, il dovere della pena subita, la riparazione come onere.

Il sistema vigente prevede il risarcimento del danno da reato come *un obbligo*, come tale coercibile nelle forme civilistiche consuete. Tutt'altro statuto sanzionatorio è riservato all'offesa.

Rispetto all'offesa penale c'è il *dovere* di subire una pena, ma non quello di ripararla, eliminarla, ridurla. La disciplina dell'intrinseca coercibilità della sanzione penale detentiva e non detentiva, della latitanza, del delitto di evasione, fanno del soggetto responsabile condannato un corpo o una persona che soggiacciono a una sanzione che dovranno subire anche senza collaborare: il soggetto può restare totalmente passivo e la pena seguirà il suo corso¹⁰. Siamo, in effetti, nel dominio della pena subita, come è quella tradizionale, la più violenta di tutte le sanzioni, la più capace di togliere la dignità.

⁹ Il fenomeno è registrato in tutti i progetti di riforma del codice Rocco, almeno dal Progetto Pagliaro in poi, e commentato in tutte le numerose introduzioni alla parte speciale del codice penale vigente. Manca peraltro l'adeguata valorizzazione dell'esempio davvero clamoroso della decodificazione in materia di riparazione di offesa e danno.

¹⁰ L'idea di un corpo nelle mani del potere dello Stato è tremenda, evocando le più terribili immagini dell'istituzione totale e del "campo" quale luogo o figura del potere sulla nuda vita degli uomini, dell'uomo "sacer" in balia dell'onnipotente Leviatano: G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, 131 ss.; R. ESPOSITO, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004, 3 ss., 41 ss.

La riparazione dell'offesa è invece *un mero onere*. Perché?

Il primo problema riguarda *l'incoercibilità della riparazione*: si può imporre la detenzione o la limitazione passiva della libertà, non il lavoro di pubblica utilità o una prestazione *personale* a favore della collettività o della vittima¹¹.

Se la riparazione dell'offesa è incoercibile, ed è diversa dalla riparazione del danno, né con quest'ultima sostituibile, non rimane che considerarla *un onere*.

Il secondo problema riguarda *l'impossibilità della riparazione*: in vari casi (morte, perdita di un arto, della salute, dell'onore, di una cosa insostituibile etc.) l'offesa non può più essere veramente o pienamente reintegrata, ma solo risarcita.

C'è però un altro aspetto, che a me pare più radicale.

La riparazione dell'offesa è vista come onere in quanto è interamente *sostituita* dalla pena.

Il vero problema è che lo Stato non pensa affatto alla riparazione come al primo problema da risolvere in favore di una vittima, quando la riparazione sarebbe possibile; lo Stato non ci pensa perché è l'idea stessa della pena tradizionale ad aggirare la questione della riparazione: la pena c'è in quanto la riparazione non è possibile, non c'è stata, e comunque *non serve* a "compensare" il delitto, perché la riparazione non è una pena subita, non si subisce e dunque non è una pena, in quanto è sempre agita dal soggetto. Del resto, la regola per i delitti è che dal delitto non si torna indietro, se si è compiuta l'azione (art. 56 c.p.) e l'impedimento dell'evento o la riparazione dell'offesa valgono solo come attenuanti (art. 56 u.mo co. e art. 62 n. 6 c.p.)

Per concepire la riparazione come una modalità o una forma di pena, occorre pensare che la pena non sia soltanto subita. Si tratta, infatti, di una pena *agita*, cioè di una sanzione che rimane sì negativa, privativa o limitativa di diritti, ma al contempo implica un comportamento attivo del soggetto per la specificità della sua esecuzione. La pena detentiva, in quanto tale, non implica necessariamente tale attivarsi, ma lo vede come un onere, una possibilità, statuendosi poi, una volta che si entra nell'istituzione carcere, una serie di obblighi strumentali, la cui inosservanza incide negativamente sul "trattamento", il quale può in ipotesi rimanere solo coercitivo-passivizzante.

La riparazione, invece, suppone che il suo contenuto specifico consista in un'attività positiva a favore della vittima o a favore della collettività, nel segno della restaurazione dei beni e valori offesi. Che sia una vera neutralizzazione del danno criminale o del pericolo, una prestazione riparatoria "sostitutiva" o integrativa a favore della vittima, o persino di una vittima vicaria, di un'istituzione o della collettività, o

¹¹ Veramente, la riforma dell'art. 168-bis c.p. introdotta nel 2014, impone al comma 2 il lavoro di pubblica utilità come una sanzione automatica imposta dal giudice al richiedente la messa alla prova. Ma si tratta pur sempre di un onere legale, non di un obbligo di lavoro coatto quale sanzione tipica indipendente da una richiesta. Certo, l'automatismo fa discutere, tanto più che si cumula ad altre prestazioni positive riparatorie, apparendo come una sanzione sostitutiva aggiunta, di tipo semiafflittivo, una pena agita...imposta, ma non coercibile: se il responsabile non ottempera, subisce la pena ordinaria, non i lavori forzati.

una vera riconciliazione per effetto di mediazione penale che si traduca nelle forme di una riparazione dell'offesa, prima del giudizio o in fase esecutiva, si tratta sempre di una pena agita. Poiché la sua attuazione è un onere incoercibile, essa non viene tradizionalmente catalogata nel novero delle pene.

Ma si tratta di un classico caso di *bias* giuridico.

Vediamo dunque come sia possibile ripensare alla pena e alla riparazione in chiave non alternativa o parallela, ma congiunta, o meglio ancora di progressione sanzionatoria.

6. Dalla riparazione come “terzo binario” alla pena agita post-riparatoria.

Negli ultimi lustri del secolo scorso si è discusso molto in Germania, e non solo, della riparazione (*Wiedergutmachung*) come di un “terzo binario” sanzionatorio, accanto a pene e misure di sicurezza. L'idea, più contenuta e meno visionaria del modello che proporremo, era comunque innovativa, ma supponeva, appunto, che la riparazione volontaria dell'offesa o la riconciliazione con la vittima rimanesse un onere che non la rendeva per definizione una pena, in quanto non era subita: l'idea del terzo binario, contenuta anche in un Progetto alternativo tedesco che non è divenuto legge, implica perciò che la pena ‘vera’ sia sempre subita¹². E' un'idea vetusta che però deve essere superata già dentro al binario classico della pena, e non giustapponendole un binario diverso, ma parallelo. Nondimeno anche questa prospettiva, in fondo contenuta, di un

¹² C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer “dritten Spur” im Sanktionensystem*, in *Fest. Baumann, Giesking, Bielefeld*, 1992, 243 ss.; ID., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3 ss., 9 ss.; A. ESER, G. KAISER, K. MADLENER (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg*. Freiburg, MPI f. ausländ. und int. Strafrecht, 1990; AE-WGM, *Alternativentwurf zur Wiedergutmachung*, hrsg. vom Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer, Beck, München, 1992. A. ESER, S. WALTHER, *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, Bd. II, Iuscrim, Freiburg i.Br., 1997, *passim*; e l'ampio resoconto dato da D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, *passim* (le cui posizioni neoretribuzioniste avvalorano l'esistenza di un binario parallelo “problematico”). Le forme di riparazione sono viste (di fatto) come sottosistema positivo e innovatore della risposta penale, ma “coesistente” con la pena tradizionale, se non espressione di una sua tradizionalissima funzione: oltre agli AA. cit. a nota 1, v. AA.VV., *Punire, mediare, riconciliare*, a cura di G. FIANDACA, C. VISCONTI, Giappichelli, Torino, 2009; M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, B. Mondadori, Milano, 2005, 126 ss., 199 ss., 221 ss.; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Scritti Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 343 ss.; A. CIAVOLA, *Efficienza e restorative justice nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit.; L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, 191 ss.; F. ZANUSO, *Les avantages de la justice réparatrice et la sagesse du Tribunal de l'Héliée*, in AA.VV., *Déviance et délinquances. Approches psycho-sociales et pénales*, a cura di S. TZITZIS, Dalloz, Paris, 2009, 331 ss.; AA.VV., *Pena e riparazione*, a cura di F. CAVALLA, F. TODESCAN, Cedam, Padova, 2000.

terzo binario, non ha trovato pieno riconoscimento legislativo e ha in poco tempo perduto in slancio e forza attrattiva¹³.

Nella diversa e più ampia categoria della “non punibilità” – la “punibilità” è vuota d’istituti, mentre la non punibilità è piena¹⁴ – abbiamo da tempo allocato una serie di istituti che comunque possono condurre anche soltanto alla sospensione o alla sostituzione della pena più grave¹⁵. Ciò potrebbe forse lasciar credere che il contenuto di questi istituti (per es. prestazioni condizionanti la sospensione della pena o la messa in prova, o un condono o una oblazione speciale) non sia una pena, ma una “non pena”. Tuttavia non si tratta di una corretta lettura della non punibilità: la non punibilità è solo il risultato di un possibile percorso, più favorevole rispetto alla pena principale minacciata o applicata in sentenza. E’ la non applicazione della più grave tipologia di pena edittale minacciata in astratto, secondo un disegno di *extrema ratio*.

In realtà, se appena si supera il *bias penalistico* della sanzione criminale subita e non agita, nulla impedisce di vedere nella *riparazione dell’offesa* e nella ricostituzione del rapporto con il soggetto passivo addirittura *una premessa, una base epistemologica della pena criminale* e quindi una modalità per dar corso alla sanzione penale.

Si tratta di questo.

La pena classica, tradizionale, è concettualmente un raddoppio del male perché prescinde dalla riparazione dell’offesa e dal risarcimento del danno da reato. Ne prescinde *concettualmente*, in quanto è pensata, nella sua scansione ordinaria, edittale, a prescindere da quelle eventualità: esse, infatti, ‘funzionano’ come mere attenuanti, cioè attraverso l’innesto di cornici o criteri di calcolo di pena diminuita successivi a quella edittale originaria e costruiti a partire da quest’ultima. Sono segni “meno” (-) che si

¹³ V. per es., nel dibattito tedesco, già una decina di anni orsono, i resoconti di J. HÄGER, *Vorbem. zu den §§ 38 ff.*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., Bd. II, de Gruyter, Berlin, 2006, Rn. 16 ss. (758 ss.); e sul § 46a relativo alla riconciliazione autore/vittima (Täter-Opfer Ausgleich) W. THEUNE, § 46a, *ibidem*, 1178 ss.; STREE in SCHÖNKE, SCHRÖDER, *StGB*, 27 Aufl., Beck, München, 2006, 46a/1 ss.

¹⁴ Questo dato insuperabile è di fatto palese pure nel recente lavoro di G. COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in questa *Rivista*, 26 marzo 2014, anche se il contributo, che valorizza le ipotesi di non punibilità (con larghe convergenze anche con quanto abbiamo sostenuto in diversi lavori) quali dati che attesterebbero il ‘distacco’ della «punibilità» dal reato, sembra di fatto riproporre la categoria della punibilità quale carattere autonomo del reato (come ai tempi di BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, che scriveva nel 1906, rist. Scientia Verlag, Aalen, 1964). In effetti, proprio il concreto svolgersi dell’argomentazione dell’A. dimostra che un’obiettiva analisi della realtà concreta dell’ordinamento *attuale* attesta che nessuno accerta la punibilità in positivo proprio in tutti i casi moderni di cause di non punibilità (come del resto non si accertano l’antigiuridicità e la colpevolezza “personale”: che però sono realtà importanti “di struttura” indiziate e “svelate” dalle cause che le escludono – è la mancanza dell’esercizio di un diritto che rende davvero illecito il fatto, è la mancanza del vizio di mente o di un’ignoranza inevitabile che rende davvero colpevole il dolo fattuale o la colpa fattuale –, mentre ciò non vale per le cause di non punibilità, che sono per lo più estrinseche e non indiziano proprio nulla, essendo l’illecito colpevole già totalmente punito/punibile senza di esse), a parte le c.o.p, quando eccezionalmente ricorrano in qualche singola fattispecie.

¹⁵ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, 75 ss., 89 ss.; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 259 ss.

detraggono dal segno “più” (+), cioè più male, rappresentato dalla pena principale e ordinaria.

La base epistemologica della pena, in questo modo, non è costituita dal fatto che siano avvenuti, o meno, la riparazione o il risarcimento, ma a prescindere da questi, in quanto o impossibili (come nel ‘modello’ paradigmatico dell’omicidio) o successivi ed eventuali alla sua configurazione originaria, al “rapporto punitivo” (nel processo ci si proclama innocenti, e dunque – salvo posizioni più compromesse in termini difensivi – non si ripara nulla per anni...).

Questo significa che *le cornici edittali* sono pensate dall’inizio sulla base della sola logica retributivo-preventiva rispetto all’offesa cagionata al momento del fatto, al rango del bene, alle modalità dell’offesa e alla c.d. colpevolezza, a parte le altre preoccupazioni generalpreventive che riguardano la tipologia di reato in un determinato momento storico.

La pena è così un male aggiunto al male commesso, secondo parametri di proporzione-calcolo che di regola non contemplano, o non tematizzano, alla sua base, la circostanza che la riparazione sia impossibile o possibile, avvenuta o meno.

In questo senso abbiamo sostenuto e ribadiamo che la pena è, nella sua potenzialità genetica, una sorta di “raddoppio del male”¹⁶, in quanto ogni sua riduzione in chiave specialpreventiva, umanistica, appare successiva ed eventuale. Non è richiesto che essa risocializzi, che ripari, che restituisca qualcosa in pristino. Non è questa la sua funzione essenziale, la sua ‘essenza’, come ben obiettò Karl Binding a Franz von Liszt¹⁷.

La proposta che invece abbiamo formulato e vogliamo qui ribadire, è che *la pena* venga concepita, dall’inizio, come *una quota di sanzione che* va parametrata *ab origine* (a) in rapporto al fatto che siano avvenuti o meno la riparazione e il risarcimento e (b) sulla base di una ‘scala’ discendente che prende le misure del sistema sanzionatorio dai delitti più irrimediabili e irreparabili (*infra*, § 7): il valore o il rango del bene protetto, in questo quadro, rappresenta solo il parametro di una scala discendente, e non duplicante. Infatti, muta radicalmente il bisogno di pena in presenza di eventi

¹⁶ *Amplius* il nostro *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1162 ss. Per una costante critica del pensiero retributivo, e dell’irrazionalità della stessa logica della proporzione che lo sostiene, v. dibattito italiano da sempre, con distinte argomentazioni, l’opera infaticabile di L. EUSEBI, *La pena “in crisi”*, Morcelliana, Brescia, 1990, 145 ss., 152 ss.; ID., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1070 ss.; ID., *Per uscire dal vicolo cieco: oltre la reciprocità del “male per male”*, in *Parola Spirito e Vita. Quaderni di lettura biblica*, n. 59 (*Dio trasforma in bene*), Dehoniane, Bologna, 2009, 1, 273 ss.; ID., *Quale oggetto dell’abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *SQC*, n. 2/2011, 81 ss.; ID., *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, La Scuola, Brescia, 2014. Ma v. pure F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, cit., 179 ss., 221 ss.; C. MAZZUCATO, *Consensus alle norme e prevenzione dei reati*, Aracne, Roma, 2006, 163 ss.; EAD., *Il contributo della giustizia riparativa alla comprensione del reato e alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giur. dell’Università Cattolica del Sacro Cuore* (sede di Piacenza), 2010, dattiloscritto.

¹⁷ V. il § 5 di M. DONINI, *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, cap. III di ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011.

riparatori, perché la pena criminale ha un senso o un senso molto diverso, in quanto ci siano stati riparazione o risarcimento.

Poiché è *dovere dello Stato* occuparsi della vittima, e non semplicemente della punizione dell'autore *al posto* dell'aiuto alla persona offesa – ciò che lascia irrisolto il conflitto e in realtà abbandona la vittima al suo destino vittimario potenzialmente per sempre –, il discorso che stiamo facendo s'inserisce nel quadro di una declinazione molto precisa e orientata di *obblighi costituzionali, internazionali ed europei*¹⁸ di intervento, che non vanno pensati in un quadro unilateralmente vittimocentrico.

Se lo Stato punisce, *anziché* aiutare la vittima, non fa che raddoppiare il male creato dal delitto, senza occuparsi di diminuirne l'impatto¹⁹, in quanto la "soddisfazione punitiva" della persona offesa è estranea alle finalità specifiche, normative, della pena, che si preoccupa invece di assicurare il monopolio della forza, *ma non per lasciare la persona offesa a un perenne «destino vittimario», immortalato dal fotogramma della pena irrogata all'autore per il 'fatto' commesso illic et tunc*²⁰.

¹⁸ Cfr. soltanto i *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* varati nel 2002 dalla *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice* delle Nazioni Unite e l'*Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, New York, 2006; le *Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters* del Consiglio d'Europa (Strasburgo, 7 dicembre 2007, CepeJ (2007)13), la *Recommendation 99(19) concerning Mediation in penal matters*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel settembre 1999, e ora la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 dicembre 2012. Per un sintetico quadro generale cfr. M. VENTUROLI, *La tutela delle vittime nelle fonti europee*, in *Dir. pen. Cont. - Riv. trim.*, 3-4, 2012, 86 ss.; M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in *AA.VV., Punire, mediare, riconciliare*, a cura di G. FIANDACA, C. VISCONTI, cit., 107 ss.; G. AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, 1327 ss. V. ora sulla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 dicembre 2012, L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Padova, 2015, e il commento di S. RECCHIONE, *Le vittime da reato e l'attuazione della direttiva 2012/29/UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in questa *Rivista*, 25 febbraio 2015. Poiché la giustizia riparativa si attua *fuori del processo*, la logica di rafforzamento della tutela processuale della vittima fatta propria dalla direttiva può sposarsi con gli ideali della giustizia riparativa soprattutto se la fase preprocessuale (e la presenza della vittima in questa fase) vede una compromissione probatoria dell'autore tale da rendere molto concreta (anche se non del tutto spontanea) la prospettiva della riparazione, e non dell'assoluzione. Altrimenti, una volta entrati nel processo di cognizione, la prospettiva di un esito processualmente assolutorio rischia di ipostatizzare il conflitto, rinviandone la soluzione alla fase esecutiva.

¹⁹ Cfr. G. COLOMBO, *Il perdono responsabile. Si può educare al bene attraverso il male? Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali*, Ponte alle Grazie, Milano, 2011, 15 ss., 75 ss.

²⁰ Cfr. sulla singolare attenzione contemporanea al fenomeno vittimario, e la obiettiva trasformazione del sistema penale come conseguenza di ciò, W. HASSEMER, J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München, 2002, 13 ss., 88 ss.; K. LÜDERSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, in *Id.*, *Abschaffen des Strafanspruchs?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1995, 22 ss., 30 ss., 51-62; v. pure R. GIRARD, *La preoccupazione moderna per le vittime*, in *Id.*, *Vedo Satana cadere come la folgore*, Adelphi, Milano, 2001, 211 ss.; e nella specifica realtà politico-istituzionale italiana, G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, Feltrinelli, Milano, 2011; più in generale C. ELIACHEFF, D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Les temps des victimes*, Paris, 2007, trad. it., *Il tempo delle vittime*, Ponte alle grazie, Milano, 2007, 133 ss., 160 ss.; D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Nottetempo, Roma, 2014, e qui, a p. 115 ss. un'utile bibliografia ragionata sulla cultura vittimaria e la sua critica. Da ultimo, appena pubblicato, possiamo segnalare, anche se consultato solo in chiusura del presente scritto,

7. La riparazione dell'offesa e del danno come *base epistemologica della pena criminale, alternativa alla proporzione, duplicante il male.*

Il risarcimento e la riparazione di *danno* e *offesa* non riguardano entrambi solo il bisogno di pena. Non sono binari paralleli (alla pena principale "meritata") che non s'incontrano se non "*alla fine*" della commisurazione, come nella modellistica corrente: perché *un delitto riparato non è più "meritevole" di pena di un delitto tentato*. Ognuno comprende, infatti, che il senso della pena non può che essere diverso a seconda che riparazione e risarcimento volontari siano avvenuti: perché in questo caso non c'è più lo stesso "bisogno di pena", ma neppure lo stesso "fatto", e dunque non si tratta di una mera situazione "attenuante", vale a dire estrinsecamente circostanziale²¹.

Il fatto è che *la pena criminale comincia ad avere un senso* o, nella maggior parte dei casi, possiede *un senso completamente diverso*, a seconda che vi sia stata o sia possibile, oppure no, la *soluzione del conflitto* con la vittima, o con il piano degli interessi o beni protetti, che è stato attivato dall'illecito.

Salvo che, per ipotesi, la condotta *post-factum* sia solo calcolata, o strumentale a ottenere benefici e priva di reale valore e significato personale per il responsabile (per es. il benestante o facoltoso responsabile che può sempre, a posteriori, "risarcire il danno" o riparare un'offesa patrimoniale).

Si può tentare di dare una spiegazione in chiave retributiva o preventiva a questo diverso "*bisogno di pena*", che trasforma il peso e la valenza della "*meritevolezza*

l'ampio volume di M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015, dedicato più ampiamente al tema della vittima, ma poi anche specificamente alla giustizia riparativa alle pp. 265 ss. Solo la soluzione del conflitto (a parte il perdono, di cui non è titolare o competente il diritto pubblico) può fare uscire la persona offesa dal paradigma vittimario nel quale siamo imprigionati. La riconciliazione extraprocessuale e la mediazione sono una *possibilità*, ma la riparazione è un *obiettivo* del sistema punitivo. Sarà alla fine meno pura, ma laicamente pratica, lasciando la pena come un'alternativa volontaria. *Il vero problema sono i reati senza vittima, i delitti (davvero) irreparabili e la disuguaglianza di chi non possa risarcire*: soprattutto in quest'ultimo caso si dovranno adottare correttivi per questi casi di ridotta colpevolezza sociale, e si vedrà allora se il sistema è davvero riproduzione della disuguaglianza, e in tal caso la sua visibile natura ideologica, e la natura ideologica della "colpevolezza per il fatto", apparirà dimostrata o falsificata.

²¹ Sulla difficoltà di "allocare" la categoria sostanzialistica del *bisogno di pena*, rispetto alla *meritevolezza di pena*, in un qualche luogo sistematico privilegiato (per es. illecito o colpevolezza o (non)punibilità) v. soltanto F. ALTPETER, *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, Frankfurt a. M., Bern, New York, Paris, 1990, 21 ss., 55 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, Beck, München, 2006, § 23/34 ss.; K. VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, in *ZStW*, 97, 1985, 871 ss., 897-899, 905-907; M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss., 46; D. LUZÓN PEÑA, *Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechenaufbau*, in *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, C. Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, 97 ss., 100, oltre a quanto già osservato in M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit. Più di recente, in prospettiva costituzionalistico-legislativa (non sistematica), v. A. DECKERT, *Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat*, in *ZIS*, n. 6/2013, 266 ss.

di pena” ancorata solo al fatto e alla colpevolezza per il fatto. In realtà, in presenza di riparazione e risarcimento insieme, resta solo il *disvalore d’azione* del fatto, soggettivamente inferiore al disvalore del delitto tentato e mai riparato.

Un diritto penale oggettivo, che guardi solo al fatto, e non alla vittima o all’autore nel suo rapporto con la persona offesa, potrebbe disinteressarsi di più di queste vicende sopravvenute...ma anche del tentativo.

Però il significato sociale della pena non può fare a meno di valorizzare il venir meno del disvalore d’evento in presenza di una situazione soggettiva assai più recuperata di quella dell’autore del tentativo fallito.

La pena criminale comincia davvero quando riparazione e risarcimento sono impossibili o inesistenti, tanto che si può affermare senza timore di smentita che la *vis attractiva* dell’omicidio, sul cui modello è stata costruita la teoria “generale” del reato, ha pesantemente condizionato e neutralizzato l’idea del delitto riparato, essendo l’omicidio un delitto per definizione “irreparabile”. Nel frattempo, abbiamo potuto verificare che persino crimini assai più gravi e irreparabili dell’omicidio individuale, come il genocidio, sono suscettibili di “riconciliazione”²². La profonda differenza nella valutazione sociale del reato in caso di riparazione e risarcimento dimostra *a contrario* che il diritto penale è e deve essere concepito e realizzato come *ultima ratio*²³.

La molteplice varietà di cause di non punibilità per condotte riparatorie sopravvenute attesta altresì una politica criminale che appare sempre più massicciamente orientata a ripensare la riparazione e il risarcimento *in chiave costitutiva del rapporto punitivo, e non solo attenuante*. Infatti, gli istituti che abbiamo illustrato accentuano la *valenza mutante del post-fatto riparatorio*, perché esso *incide sulla soluzione del conflitto che la pena classica non risolve*.

Nei *reati contravvenzionali* questa situazione è da tempo di fatto realizzata attraverso le ipotesi di *oblazione discrezionale*.

Che cosa significa invece più in generale, anche per i *delitti*, una conseguente realizzazione dell’idea riparativa in prospettiva teorica prima e di riforma poi? Significa che *nella costruzione delle stesse cornici edittali* non possiamo prescindere dal tema della riparazione o del risarcimento: che non dobbiamo avere di fronte il solo ‘fatto’, ma anche il ‘post-fatto’, perché il postfatto, se non vale in molti casi a eliminare il fatto commesso, ne trasforma il significato punitivo.

²² Il riferimento all’esperienza sudafricana di “verità e riconciliazione” è qui esplicito e immediato. V. soltanto A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Il Mulino, Bologna, 2005; ID., *L’Amnesty Committee della Commissione sudafricana. Verità e riconciliazione e le modalità di esercizio dell’azione penale per i crimini dell’era segregazionista*, in AA.VV., *Punire, mediare, riconciliare*, cit., 46 ss.; A. CERETTI, *Da dove vengono le violenze collettive?*, in *Op. ult. cit.*, 23 ss., 32 ss.

²³ Questi concetti sono ben tematizzati, per es., da K. LÜDERSSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, in ID., *Abschaffen des Strafens?*, cit., 51 ss.; anche in trad. it. ID., *Il declino del diritto penale*, a cura di L. EUSEBI, Giuffrè, Milano, 2005, 131 ss.

Com'è possibile dare *forma tecnica* a questo dato penologico dentro alla commisurazione ordinaria della pena, in misura più ampia e diversa da quella delle classiche circostanze o delle obblazioni discrezionali o delle forme "speciali" di non punibilità sopravvenuta?

A mutare non è la sola "pena-base in concreto", ma la "cornice di pena" applicabile.

Abbiamo *due diverse cornici da cui partire*:

a) Occorre *una nuova regola di parte generale: il delitto riparato*, titolo autonomo da collocare a fianco del delitto tentato, con una cornice fortemente ridotta rispetto a quella attuale che ne prescinde; la sua "riduzione" comprende il fatto che una riparazione ci sia stata: la riparazione è quindi parte del suo contenuto sanzionatorio, costituita da una pena agita e da una pena subita. Se c'è stato anche risarcimento la riduzione può essere ulteriormente accresciuta anche oltre il livello sanzionatorio del tentativo.

b) Occorre poi che *la cornice autonoma di parte speciale* – e qui sta l'innovazione capace di trasformare il sistema – non rappresenti la riproduzione della logica della sanzione edittale attuale, pensata "a prescindere" dalla riparazione, ma una cornice nuova, pensata a partire dal conflitto: la sua misura non è il bene e la proporzione con il fatto, *non ha un'entità orientata al "raddoppio" del male* (la proporzione duplicante il male), ma a *rafforzare la motivazione per risolvere il conflitto*. Essa non deve soltanto prevenire reati futuri di terzi, ma *motivare alla riparazione*. Per questo si rapporta alla figura generale del delitto riparato. Chiunque deve avere ben chiaro che le pene edittali non sono altro che le sanzioni di un conflitto irrisolto, non le scale di gravità corrispondenti al disvalore del bene protetto, "a prescindere", e per logica retributivo-generalpreventiva.

Sorge qui il quesito ineludibile: come raccordiamo tutto ciò con i diversi beni tutelati? Ci dovrà pur essere una scala, un'unità di misura che tenga conto della diversa gravità dei reati, *una nuova o diversa proporzione*.

Esistono qui *due poli estremi*:

c) i casi nei quali il conflitto è massimo perché sembra impossibile a risolversi, come nei crimini più gravi contro l'umanità, dal genocidio e oltre, o nell'omicidio, dove l'offesa peraltro non è sempre integralmente irreparabile o irrisarcibile; e invece,

d) i casi nei quali il conflitto è del tutto estinto, perché la riparazione e il risarcimento sono capaci di azzerare il bisogno di pena: sono oggi le numerose ipotesi di cause di non punibilità disseminate nel sistema.

Nel *primo caso* occorre partire da questo dato: non è possibile applicare più di un ergastolo (in concreto riducibile a una ventina di anni, o comunque una pena detentiva inferiore in caso di abolizione dell'ergastolo) per i crimini assai più gravi dell'omicidio individuale: questo limite d'incommensurabilità dei delitti più gravi, che sono necessariamente puniti "per difetto" secondo un'ottica retributiva in senso stretto, vale a fare vedere che

e) *la misura edittale è e deve essere in realtà sempre "sproporzionata per difetto"* rispetto al modello classico del taglione. Tale pena non potrà che essere

“proporzionalmente” assai più modesta per i “normali” delitti anche gravi, ma del tutto distanti dalla gravità dei crimini contro l’umanità.

Questa diversa base di partenza della proporzione, parametrata sui più gravi delitti “irreparabili”, è

f) capace di *trasformare la “proporzione basica” di tutto il sistema punitivo, che dovrà essere raccordata per difetto con queste realtà incommensurabili, “a discendere”.*

E’ vero quindi che:

g) è il segno (-) e non il segno (+) a costituire la base della proporzione sanzionatoria: una proporzione a diminuire, a discendere, che impone di ripensare la gerarchia e il rango dei beni e delle cornici.

Non avremo più, dunque, cornici edittali che pensano se stesse, *ab origine*, come scale duplicanti il male in forme diverse, ma soluzioni sanzionatorie o riparatorie di un conflitto non sanato, che mettono in gioco dappprincipio il modello primario – la prima scelta – di una pena agita, e non subita, e solo in seconda battuta la pena pura del conflitto irrisolto, maggiore dell’altra, ma non duplicante il male commesso in quanto pur sempre aperta a una possibile soluzione anche successiva.

ESEMPIO. Ipotizziamo che il delitto riparato (riparazione dell’offesa, con risarcimento del danno almeno parziale) preveda una riduzione della pena sino a due terzi (e sino a quattro quinti con danno risarcito), salvi i casi di reati per i quali si dispone diversamente. Potremo avere, nella rapina semplice, una pena edittale ordinaria (salvo altre aggravanti) da 2 a 6 anni (ben inferiore a quella attuale: in realtà, la cosa migliore sarebbe tenere molto bassi i minimi edittali, in generale, ma per la rapina si può comprendere una diversa politica). Questa pena, in realtà, nella sua configurazione è basica da 8 mesi a 2 anni in caso di soluzione del conflitto (riparazione e risarcimento parziale). Ergo la vera prima “scelta”, la prima offerta, è da 8 mesi a 2 anni: una cornice edittale autonoma, non una mera attenuante comune o a effetto speciale. In caso di risarcimento integrale anche del danno la diminuzione potrà arrivare a 4/5 della pena edittale.

E’ questa, perciò, un’ipotesi di *titolo autonomo* di reato: *il delitto riparato*.

8. Delitto riparato ≤ delitto tentato.

Per *delitto riparato*, in sintesi, intendiamo quel delitto dove, dopo la sua consumazione, il soggetto ripara l’offesa (lesione o messa in pericolo del bene protetto) – per es. restituisce la cosa rubata, reintegra i beni sociali distratti prima del fallimento, ripristina la verità di un falso documentale, di una diffamazione etc. –, oppure comunque offre una volontaria prestazione riparativa in favore della vittima o della comunità, sostitutiva di un’offesa che non sia integralmente o affatto neutralizzabile *ex post*, dando altresì un contributo volontario e personale al risarcimento dei danni cagionati. Non è richiesto anche un risarcimento integrale, se c’è comunque riparazione. In caso di offese patrimoniali, la riparazione può già essere risarcitoria; in caso di risarcimento integrale, però, aggiunto alla riparazione, il trattamento

sanzionatorio non potrà che essere più favorevole del trattamento previsto per il tentativo.

Proponiamo, al riguardo, **una disequazione:**

delitto riparato ≤ *delitto tentato*,

la quale significa che il disvalore, e il trattamento punitivo, del delitto riparato sono **o meno gravi di**, o **equivalenti a**, quelli del tentativo.

Si consideri che già il recesso attivo è, oggi, sanzionato sostanzialmente meno del tentativo (diminuzione da uno terzo alla metà della pena del tentativo, che è già quella del delitto consumato, diminuita sino a due terzi), pur in presenza di una neutralizzazione dell'evento: ma tutti i principali progetti di riforma optano per la non punibilità del recesso, equiparandolo alla desistenza²⁴.

Anche nel caso della riparazione (post-factum), o abbiamo una piena neutralizzazione del "danno" e dell'"offesa" insieme, e allora si comprende che il trattamento possa essere più favorevole di quello del tentativo, dove solo per caso non c'è stato l'evento voluto; oppure abbiamo la neutralizzazione dell'offesa, e in parte anche del danno: il che equipara il comportamento a quello del tentativo, perché se l'evento c'è pure stato, tuttavia l'offesa è stata riparata. La condotta sopravvenuta di segno (-) compensa quella tipica di segno (+), in presenza dell'avvenuta riparazione.

L'equiparazione al tentativo ha dunque una *razionalità costruttiva strutturale*, che peraltro si unisce alle *ragioni politico-criminali* di una premialità davvero incentivante la riparazione, nell'ottica di una sanzione orientata alla diminuzione complessiva (per autore e vittima) della sofferenza e non al suo raddoppio.

Ovvio che la proposta è un discorso di razionalità costruttiva e comunque *de lege ferenda*, atteso che il sistema italiano vigente, come già visto, è lontano da questo paradigma "generale".

Parimenti *de iure condendo* vale la considerazione che, in caso di **recesso attivo** (dove l'evento consumativo mai si è neppure verificato, e dunque dovrebbe valere una non punibilità corrispondente alla desistenza volontaria), il trattamento identico a quello della desistenza volontaria implicherebbe una piena riforma del vigente art. 56, u.mo comma, c.p., da tempo patrocinata in dottrina²⁵: e se il recesso diventasse non punibile, allora la pena per il delitto riparato potrebbe essere vicina a quella del recesso attuale, cioè la pena del tentativo dimezzata.

Non certo più la mera attenuante comune dell'art. 62, n. 6 c.p.

²⁴ Cfr. L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi Urbinati*, 1978-1979, 219 ss.; G. FORNASARI, *Per un diverso inquadramento delle ipotesi di desistenza e recesso negli ordinamenti penali tedesco e italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1336 ss.; E. LO MONTE, *Il delitto tentato*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE, Esi, Napoli, 2009, 221 ss., 242-249; ID., *Riflessioni sul delitto tentato nei lavori della Commissione Pisapia di riforma del codice penale*, *ibidem*, 601 ss., 622-633.

²⁵ Approfondimenti nel nostro *Le logiche del pentimento*, cit., 895 ss.

9. Riparazione e determinatezza. La riduzione complessiva del male per autore e vittima insieme.

Un problema serio posto da un istituto generale di giustizia riparativa come quello del delitto riparato è quello di **rendere tassativo il concetto di riparazione**, almeno quanto quello degli atti idonei e univoci, che pure non sono molto determinati come potrebbero apparire, al fine di consentire applicazioni non discrezionali dell'istituto e del suo trattamento sanzionatorio: ciò che non risulta affatto scontato, perché per molti tra i più gravi reati, ma anche per piccole offese alla persona o a beni immateriali, non è sempre possibile una *restitutio in pristinum*: se non si esige una perfetta neutralizzazione dell'offesa, ma sono sufficienti riparazioni "vicarie" o a favore della collettività, va da sé che l'equipollenza sia piuttosto esposta a giudizi di valore²⁶.

Ma ciò è **del tutto normale in diritto penale**: fa parte della sua differenza epistemologica dal danno civilistico, è proprio dell'incommensurabilità dell'offesa e della necessaria sproporzione, per difetto, della pena.

Il problema maggiore si pone quando un istituto preveda la non punibilità: già ora esistono *altri istituti generali*, come avviene con la messa alla prova, la sospensione della pena etc., applicabili in spazi consentiti dalla presenza di reati meno gravi, che prevedono anche vere *ipotesi di non punibilità*, o di estinzione del reato: ma la definizione dei *presupposti* di questa non punibilità non è affatto matematica e sempre piuttosto discrezionale.

Nel caso del delitto riparato, peraltro, avremmo una figura generale di titolo autonomo di reato, una degradazione sanzionatoria che prevede pur sempre una pena, anche se fortemente attenuata.

La vittima non può rifiutare la riparazione ai costi del responsabile: anche per questo, come noto, si dovranno prevedere prestazioni vicarie e sostitutive a favore di terzi o della comunità.

Naturalmente il confronto con la vittima dovrebbe essere 'fondante' anche per attribuire benefici: quale sospensione della pena (=assenza di pena) senza alcuna riparazione? Il delitto non può rimanere senza sanzione se la riparazione non è stata almeno tentata; e la confisca per equivalente del profitto del reato dovrebbe trovare applicazione generale, ma a favore della vittima, non di uno Stato che "incassi ai suoi danni".

Tutto ciò contribuisce a *dare certezza e tassatività alla logica riparativa*.

Il modello della giustizia riparativa qui proposto in linea generale non ha valenza solo esimente, dunque, ma il suo obiettivo generale è quello di una *riduzione complessiva del male per autore e vittima insieme*, non certo il raddoppio del male, senza

²⁶ In termini W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin, 2009, tr. it. *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 232.

vantaggi per nessuno, o l'impunità senza condizioni, propri della tradizione nella quale ci troviamo.

Si può ipotizzare realisticamente che *i residui della cultura del raddoppio del male* vengano conservati, per scelta politica, non più quale soluzione comune e generale, ma soltanto secondo previsioni specifiche, sovradeterminate da esigenze generalpreventive o specialpreventive peculiari. La *regola*, invece, dovrebbe restare la promozione del delitto riparato con l'alternativa di una sanzione più grave, ma non espressione di consuete logiche retributive proporzionali-duplicanti.

E' utopia tutto questo?

Sappiamo di trovarci in un tempo ostile ai disegni innovativi che non provengano dalle istituzioni, che per definizione non sognano, ma magari sperimentano. Per questo, alla luce delle tendenze evolutive della legislazione registrate, ci pare un percorso possibile, ma occorre che si raccolgano più menti e cuori attorno a questa *speranza di trasformazione epistemologica della pena*, che dovrebbe condurre il sistema penale complessivo su binari di razionalità costruttiva più accettabile della cultura antiscientifica della proporzione-retribuzione e della paura, dalla quale è scaturito e che in realtà è già stato da tempo eroso nella prassi della commisurazione della pena per i reati meno esposti all'emotività di mass media, dibattito politico e con vittime prive di riparazione e risarcimento.

10. Riparazione e laicità.

Il delitto riparato non comporta un necessario pentimento o un perdono, perché nessun giudice è ammesso ad accertare un pentimento, ma una solidarietà, una remissione, una grazia, un condono, oppure una riparazione, appunto. Quest'ultima può così anche dipendere da senso di solidarietà senza ammissione della colpa statuita dal giudice. Tantomeno essa si basa sul perdono della vittima, che lo Stato non è autorizzato a sindacare. Il perdono, infatti, non è un atto giuridico. Solo un privato può «perdonare», e in particolare solo la vittima (o i suoi parenti, in caso di morte) può davvero perdonare l'autore del fatto²⁷. La riconciliazione solo in un contesto privato suppone un riconoscimento di colpa e un pentimento, diventando atto dialogico, intersoggettivo, ma proprio per questo tale riconoscimento non può essere il presupposto di un istituto giuridico-penale: le confessioni autore/vittima sono fatti extraprocessuali nella logica della mediazione. Nello stesso tempo, e per logica corrispondenza, se non c'è più pena, ciò non ha alla base la prova di un fatto interiore.

²⁷ Il perdono, in senso stretto, può essere unilaterale e provenire dalla vittima senza richiesta, conservando carattere originariamente "donativo". Che al perdono segua una pena non è ipotizzabile: ci può essere una prestazione scelta o accettata dal responsabile quale forma di riparazione, di "penitenza", ma non una pena che "si subisce". Se c'è pena, siamo fuori dalla logica del perdono. Ma l'ordinamento punisce anche i delitti perdonati dalle vittime, esattamente perché non segue le logiche interiori dei protagonisti del reato. *Amplius, Op.ult.cit.*, § 14, con bibl.

L'applicazione alla legge della categoria morale e religiosa del pentimento e del perdono è pertanto chiaramente estensiva, perché nessun istituto giuridico vigente presuppone le sequenze richiamate nella loro compiutezza. E quando ciò accada, come nel caso dell'esecuzione penitenziaria con i suoi vincoli di dissociazione per i reati di cui all'art. 4-bis l 354/1975 e succ. mod.²⁸, la legge già si muove sui sentieri del *diritto penale del nemico*²⁹.

Allo Stato spetta al massimo la remissione, non un sindacato confessorio. Le forme di mediazione e di conciliazione più autentiche, infatti, sono extraprocessuali, verificabili solo nell'esito formale di atti, prestazioni, dichiarazioni, percorsi, ma non in quello interiore. E' bello, dunque, che lo Stato promuova la riparazione senza pretendere verifiche interiori. In questo consiste il suo rispetto del reo e della vittima, la sua più credibile laicità³⁰.

11. La riparazione *possibile* tra processo di cognizione e di esecuzione.

La forza visionaria di una pena post-riparatoria si scontra con la realtà del processo. Non appena un imputato può pensare di "cavarsela", in fatto o in diritto, non ha *interesse processuale* alla riparazione: questo subentra se la prima prospettiva è esclusa, oppure solo in fase esecutiva. L'idea di una riparazione anche soltanto in fase esecutiva, comunque, non deve apparire marginale, ma al contrario rappresenta una possibilità di grande significato risocializzante-risolutivo del conflitto. Nello stesso tempo, quando la pena viene irrogata, nella gran parte dei casi non ci sono stati né riparazione, né risarcimento, ed è la loro assenza a conferire alla pena un 'senso' proprio. Moltissimi sono poi i reati senza vittima o con persona offesa istituzionale, collettiva, indeterminata. Qui, spesso, non c'è neppure un vero "conflitto" da sanare. Infine, una riparazione completa appare varie volte impossibile, ed è dunque vicaria, sostitutiva, simbolica, e fortemente osteggiata dalla vittima, processualmente presente,

²⁸ La norma, come noto, è stata dichiarata **costituzionalmente illegittima** da C. cost. 22 ottobre 2014, n. 239 (Cass. Pen., 2015, 131 ss.) nella parte in cui l'art. 4-bis ord. pen. non esclude dal divieto di concessione di benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge, nonché, in via consequenziale, nella parte in cui non esclude da quel divieto la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b) della medesima legge, "ferma restando la condizione dell'insussistenza in concreto di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti".

²⁹ Nel significato più ristretto e tecnico che abbiamo proposto in M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in Cass. Pen., 2006, 735 ss., 741 ss.; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2007, 55 ss.

³⁰ È solo in questa *facoltà* di pentirci e perdonare che ci sentiamo più liberi e alla fine anche più responsabili. Se si vuole che obiettivi come questi siano più raggiungibili, occorre chiedere allo Stato lo spazio giuridico per farlo: ma deve trattarsi pur sempre di un *rechtsfreier Raum*, di uno spazio libero dal diritto, perché, puniti o amnistiati che siamo, è superando la logica della pena e della sua inflizione, è andando oltre la sua esecuzione espiata o scampata, che ci si può perdonare e riconciliare, attraverso un percorso tra persone.

dove ammessa la sua costituzione³¹, soprattutto per avere una “soddisfazione penale ed economica”.

C'è quanto basta, per riportare sulla terra i sogni della giustizia riparativa, anche soltanto quella di un terzo binario sanzionatorio “parallelo”.

Nonostante queste dure e difficili condizioni, la riparazione come idea innovativa del sistema, non binario a sé stante, e veicolo di una diversa cultura della *riduzione complessiva del male* per autore e vittima insieme, è *possibile* solo se lo Stato ne alimenta i percorsi normativi sostanziali, che accompagnano quelli extraprocessuali decisivi per la riparazione. E nulla può essere più utile allo scopo dell'esistenza di una figura generale di delitto riparato a forte riduzione sanzionatoria, che si colleghi basicamente all'idea molto concreta che il male non si raddoppia, ma al contrario si riduce proporzionalmente, già a partire dai crimini più immensi, avviando così una scala commisurativa proporzionalmente discendente, e non ascendente.

³¹ Per un utile quadro comparato delle diverse realtà processuali della presenza della vittima in Italia e in Inghilterra, sempre piuttosto attuale, anche se fotografato a una decina di anni orsono, cfr. R. HENHAM, G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 706 ss.