

MASSIMO DONINI

**COMPLIANCE, NEGOZIALITÀ
E RIPARAZIONE DELL'OFFESA
NEI REATI ECONOMICI.
IL DELITTO RIPARATO OLTRE LA
RESTORATIVE JUSTICE**



giuffrè editore - 2018

Isbn 9788814225710

Estratto al volume:

**LA PENA, ANCORA
FRA ATTUALITÀ
E TRADIZIONE**

STUDI IN ONORE DI EMILIO DOLCINI

a cura di

Carlo Enrico Paliero, Francesco Viganò,
Fabio Basile e Gian Luigi Gatta

Tomo I e II

MASSIMO DONINI (*)

COMPLIANCE, NEGOZIALITÀ E RIPARAZIONE DELL'OFFESA NEI REATI ECONOMICI

IL DELITTO RIPARATO OLTRE LA RESTORATIVE JUSTICE

ABSTRACT: *Lo studio esamina prima il ruolo dell'idea negoziale e del collaborazionismo normativo nel sistema penale dall'introduzione del patteggiamento in poi, attraverso una serie di istituti che ne hanno diffuso e accresciuto la presenza normativa e culturale. In tale contesto idea negoziale e compliance vengono collegate al ruolo della riparazione dell'offesa nel sistema del d.lgs. 231 del 2001, della sicurezza del lavoro, delle ipotesi di normazioni affidate ad autorità indipendenti, etc. Segue una illustrazione del movimento di decodificazione del modello codicistico della riparazione dell'offesa come attenuante comune attraverso un'imponente espansione extracodicistica delle ipotesi riparative a varia incidenza estintiva, attenuante o di non punibilità. L'affermarsi di figure sempre più vaste di pena agita e non subita è infine posta in diretto raffronto con il modello della responsabilità degli enti: un paradigma perfetto di adesione a una figura di delitto riparato (con esclusione in tal caso di pene interdittive e riduzione fino a 1/3 di quelle pecuniarie) dove il profilo retributivo classico della pena meritata cede chiaramente rispetto alle logiche riparatorie e specialpreventive che contrassegnano la modernità di questo apparato sanzionatorio orientato alla non punibilità e alla neutralizzazione delle situazioni di pericolo responsabilizzanti. Si ridefiniscono le differenze culturali tra giustizia riparativa e ipotesi di riparazione dell'offesa, approfondendo i diversi gradi di determinatezza del danno rispetto all'offesa ed evidenziando la speciale praticabilità nei reati economici di logiche di riparazione dell'offesa, anche economicistiche e utilitaristiche, senza un'adesione necessaria a forme di mediazione rispetto alla vittima.*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del sistema penale economico tra idea negoziale e *compliance*. Lo scenario di fondo. — 2. La doppia linea di tendenza, in sintesi. — 3. La decodificazione del modello codicistico della "riparazione" nelle leggi speciali. — 4. La pena agita. — 5. Gli art. 12 e 17 del d.lgs. n. 231 del 2001. Una svolta culturale nell'idea punitiva. — 6. La particolare adattabilità dei reati economici o d'impresa alle logiche riparative che razionalizzano l'intervento della sanzione "punitiva". — 7. Il delitto riparato. Il concetto e l'incidenza sulla parte generale e sull'art. 133 c.p. — 8. La differenza tra il delitto riparato e la *restorative justice*. — 9. La riparazione (e il risarcimento) nel lessico

(*) Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

legislativo comune. — 10. Danno e offesa sul piano della determinatezza. Differenze. — 11. Prassi giudiziali e attenzioni riformistiche “riparatorie” e “negoziali” in ambito economico. — 12. Per una svolta “(dis-)uguale” non solo di settore nella politica della pena.

1. *L'evoluzione del sistema penale economico tra idea negoziale e compliance. Lo scenario di fondo.*

1.1. Tutto è iniziato con l'entrata dell'idea negoziale nel sistema penale col codice di rito del 1988. È stato come un vento rivoluzionario che ha introdotto logiche economiche nel processo e, attraverso di esse, nuove commisurazioni di fatto utilizzate, inizialmente, in funzione di esiti di non punibilità (1). Scenari che cambiano. Si patteggiava sul *quantum*, ma il risultato riguardava l'*an* della pena, dato che l'accordo delle parti sulla pena era condizionato a esiti di sospensione e comunque di mancata esecuzione della pena detentiva. Un programma a metà strada fra la pena e la degradazione sanzionatoria. Non c'era ancora, inizialmente, il patteggiamento allargato (introdotto nel 2003) e dunque era possibile questo tipo di esito contrattuale.

1.2. Nella cultura del contratto ha così cominciato a farsi strada l'idea che c'erano due parti, una pubblica e una privata, che co-definivano la soluzione sanzionatoria penale. La pena non era più solo quella subita e imposta autoritativamente dallo Stato, un mero *pacti*, ma cominciava a essere una pena in qualche modo agita, che il soggetto destinatario di essa costruiva, sia pur mediante il difensore tecnico. Una penalità sicuramente più dialogica, ma fra Stato e autore. Inizia qui una visione orizzontale e non verticale (o verticistica) della punizione, come pena solo subita, inflitta autoritativamente da un organo superiore.

1.3. Questo evento epocale, per lo più contestato dalla cultura penalistica nazionale, che vedeva immesso nei criteri di commisurazione un elemento “spurio”, perché utilitaristico di tipo estrinseco, estraneo a parametri di meritevolezza, segnava come detto l'ingresso dell'economia nello stesso processo penale: una logica “economica” nella sua gestione della pena (2). L'idea negoziale dunque trae origine da *law and economics*, dalla valorizzazione della mancata celebrazione dei processi come un fatto meritevole di premio sanzionatorio, più che da premesse di giustizia riparativa. La pena

(1) M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.

(2) M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009, 279 ss., 402 ss. e passim.

“meritata” classica da sempre tiene conto di fatti sopravvenuti al reato: ciò non costituiva certo una novità, trovando espressa menzione nel vecchio art. 133, seconda parte c.p. E del resto i risarcimenti e le riparazioni previsti dall’art. 62, n. 6 c.p. rientrano perfettamente in questo novero di eventi e fatti sopravvenuti. Nondimeno, *l’incontro dell’idea negoziale con la logica riparativa nell’esperienza italiana è solo successivo*, per es. quando si comincia a condizionare i patteggiamenti e la sospensione della pena al risarcimento del danno. I reati d’impresa non sembravano inizialmente i più adatti, perché per essi non si arrivava di regola a giudizio, a parte i casi di bancarotta o certi reati tributari. Ed è in forma anticipata (rispetto al giudizio) che la *compliance* si attuava in forma riparatoria nelle oblazioni contrattate del diritto penale del lavoro (v. *infra*).

1.4. L’estensione del patteggiamento ai reati puniti in concreto fino a 5 anni di reclusione (l. 12 giugno 2003, n. 134) costituisce un salto di qualità: lo ‘sconto’ tocca proprio anticipatamente l’esecuzione, ci si accorda sul *quantum* di pena *eseguita* e non teorica. Il contratto così si estende a reati anche molto gravi in astratto (a parte quelli esclusi *ex lege*). L’evoluzione si accompagna alla massima estensione del patteggiamento sul rito, cioè al *rito abbreviato*, che per effetto della riforma di cui alla l. 16 dicembre 1999, n. 479 aveva reintrodotta la decisione con tale rito anche per i *reati puniti con l’ergastolo*. La *logica negoziale ed economica* attraversa ora integralmente diritto penale e processo a tutti i livelli di gravità dei reati. È ormai un *elemento del sistema penale complessivo*.

1.5. Col nuovo millennio, al centro del diritto penale economico, nel significato ampio che illustreremo, si fa strada *la responsabilità “da reato” delle persone giuridiche* (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231). Tale innovazione obbedisce a un progetto generalpreventivo e di implementazione dei precetti. Non è orientata alla pena, ma alla *compliance*: osservanza, accondiscendenza, ottemperanza, collaborazione, conformismo normativo (3). La pena rappresenterebbe il fallimento della riforma, che vuole diffondere a ogni

(3) D. BOCK, *Criminal Compliance*, Nomos, Baden-Baden, 2011, 19 ss. Centrale nella *criminal compliance* è la cooperazione di tutto il sistema impresa all’organizzazione di strumenti impeditivi del rischio e della realizzazione di reati. È diffusa, in questo studio, e nella cultura della compliance, anche l’idea che il diritto penale resti rimprovero e retribuzione della colpevolezza in funzione generalpreventiva (Op. cit., 141 ss.). Ciò che non appartiene al modello culturale giuridico qui descritto e sostenuto, ma alla sociologia del reato. Così come non è possibile seguire la corritività della letteratura tedesca nel depotenziare i vincoli costituzionali (ivi, 142-148), a favore della libertà politica del legislatore. Cfr. i diversi contributi apparsi in *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos, Baden-Baden, 2016, e qui, volendo, M. DONINI, *Techniken und regulative Modelle eines verfassungsorientierten Strafrechts*, ivi, 87 ss.

livello una cultura della prevenzione dei reati dentro alle imprese. I loro “illeciti” non sono meritevoli di pena in sé, sono il fallimento di un programma che deve continuare, anche dopo l’illecito, a essere perseguito come obiettivo primario. I reati restano per definizione commessi da individui, da persone fisiche. Gli enti ne sono preservati, salvo che inseriscano i delitti nel loro programma di base, diventando associazioni per delinquere. Hanno piuttosto il compito di sentinelle della legalità. Devono dunque produrre prevenzione, regole cautelari e modelli di organizzazione della sicurezza. C’è anche qui, nel loro programma sanzionatorio, *un controllo giudiziale su azione punitiva e pena patteggiata*: l’azione punitiva mira sempre alla riduzione del rischio per il futuro; i *patteggiamenti sono implicitamente condizionati all’adozione di modelli efficaci*, essendo *preclusa* l’applicazione della pena concordata in caso di *pene interdittive* (art. 63 d.lgs. 231); così come c’è un nesso *legale* tra condotte riparative e ipotesi di responsabilità attenuata o il venire meno di misure cautelari (sospese) o interdittive. Proprio qui, nel diritto penale dell’impresa, la logica riparativa sopravanza il diritto penale degli adulti: infatti, nel diritto minorile era dal 1988 che esisteva l’istituto della messa alla prova connesso a condotte riparatorie (art. 28 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), mentre in quello degli adulti, nel 2000, per i reati di competenza del giudice di pace era appena stato introdotto, come noto, l’analogo istituto sulle condotte riparatorie come causa estintiva del reato (art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274), ma riguardava incriminazioni ben più modeste.

1.6. Un momento del tutto peculiare di privatizzazione della giustizia penale, di “negoziazione legale” della giustizia, è contenuto nell’idea della costruzione di regole preventivo-cautelari affidate programmaticamente ai privati dal d.lgs. 231 del 2001: esso introduce, in realtà, la *privatizzazione allargata dei precetti penali*. I modelli di organizzazione costruiscono la trama di regole che possono definire la responsabilità penale di soggetti apicali e dipendenti dell’ente, non solo dell’ente stesso in caso di omessa o carente adozione degli stessi modelli. Infatti, i dirigenti o i sottoposti che avranno violato quelle regole di organizzazione nell’interesse o a vantaggio dell’ente, saranno indiziati di averlo fatto per agevolare o consapevoli di agevolare i reati che sarebbero stati probabilmente impediti dai modelli. Se dovranno rispondere anche personalmente di quei reati, ciò dipenderà dal loro rapporto con i modelli e le specifiche violazioni sostanziali. È come se le regole sulla corruzione o sulle false comunicazioni sociali, la cui commissione può coinvolgere l’ente a vantaggio o nell’interesse del quale è stata realizzata, siano contenute non solo nei precetti degli artt. 318 ss. cp. e 2621 e 2622 c.c., perché anche le disposizioni preventive del d.lgs. 231 del 2001 e dei modelli organizzativi attuati per impedire specificamente il rischio di quei reati,

“allargano” l'estensione dei precetti penali ai quali accedono per complementarietà di ragioni preventive. La repressione non è lo scopo della fattispecie di *compliance*, sarebbe antieconomico. Il diritto penale classico, dunque, è antieconomico per questa nuova *vision*.

1.7. I precetti penali potranno essere ulteriormente riletti e reinterpretati alla luce di queste coordinate economiche di sistema, come norme di *compliance* (4). Tanto più quanto la realtà organizzativa e “culturale” di un ente costituisca l'*humus* sul quale può svilupparsi l'interesse a commettere alcuni tipi di reati. In vari casi, come vedremo, le stesse norme penali non possono mai ritenersi dirette principalmente ai singoli che li commetteranno: sono regole di organizzazione di politiche d'impresa, anche se la loro violazione viene ascritta penalmente ai singoli. Nondimeno, l'attrazione del contesto di origine della loro commissione nel quadro di politiche aziendali estende le potenzialità preventive di queste e valorizza, ad un tempo, il significato prevenzionistico delle stesse norme punitive. Non c'è da stupirsi, a tale riguardo, che nella prassi si valorizzino sempre di più indagini e imputazioni *top down*, muovendo dai vertici, anziché *bottom up*, partendo dalle cause immeditate di qualche evento.

1.8. Accanto a queste evoluzioni di sistema, tra il processo e il diritto penale sostanziale, con massiccia delega *a privati* della costruzione di regole cautelari e di disciplina (5), si è sviluppato come noto un *trend* legislativo di ricostruzione del controllo sulle attività amministrative e su quelle dei settori misti pubblico-privati o di rilevante interesse economico affidato ad autorità *pubbliche* indipendenti, di normazione, regolazione, vigilanza, controllo, con funzioni anche sanzionatorie (assicurazioni, società quotate, concorrenza e mercato, anticorruzione, privacy etc.). La disciplina di alcune autorità indipendenti ha così conosciuto la delega ad esse di normazioni generali, cautelari e non, e non solo di precetti-provvedimento di varia natura, il cui

(4) D. BOCK, *Criminal Compliance*, cit., 279 ss., peraltro in una prospettiva di rifiuto teorico della legittimità della responsabilità penale dell'ente, per la ritenuta estraneità della “vera” sanzione penale a un diritto penale non individuale (ivi, 378 ss., 399 ss.), sì che anche la cultura della *compliance* (sostenuta in tutto lo studio) dovrebbe continuare a fondarsi su premesse di responsabilizzazione delle persone fisiche. Una istruttiva riflessione sulla “mutazione genetica” della reale politica criminale *in action* della *compliance* in materia di responsabilità degli enti nel sistema americano, dalla prevenzione generale positiva a quella autoritario-negativa, ora, in C. DE MAGLIE, *Alla ricerca di un “effective compliance program”: venticinque anni di esperienza statunitense*, in *Criminalia*, 2016, 375 ss., 389 ss.

(5) Sul fenomeno V. TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata sui modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, BUP, Bologna, 2013.

impatto sanzionatorio penale è indiscutibile (6): la costruzione di precetti penali attraverso la tecnica della normazione in bianco e di rinvio da fattispecie di omissione, di “ostacolo”, e di “falso” anche omissivo (art. 2638 c.c., 170-*bis* TUIF, d.lgs. n. 58/1998, art. 1, co. 29 l. 31 luglio 1997, n. 249 sulle comunicazioni mendaci all’Autorità garante delle telecomunicazioni, AGCOM), o di “inosservanza di provvedimenti” (art. 170 l. privacy, d.lgs. 186/2003), o per esercizio abusivo di attività regolate (art. 167 TUIF, d.lgs. n. 58/1998, art. 305 d.lgs. n. 209/2005 sulle assicurazioni private, art. 130 ss. TUB, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, sull’abusivismo bancario e finanziario), ha prodotto una moltiplicazione indiscriminata di illeciti penali a precetto variabile: ma se pubblica è la fonte, l’esito è *comunque* di una forte *compliance* nei relativi ambiti di intervento, implementata del resto anche dalle altre numerose ipotesi a sanzione solo amministrativa.

1.9. L’idea della *compliance* più specificamente *riparativa*, insieme alla logica negoziale, si era peraltro già innestata nel diritto penale d’impresa nel settore della *sicurezza del lavoro* (v. il d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, e poi l’art. 301 TU sicurezza del lavoro, d.lgs. n. 81/2008), e solo recentemente è stata estesa all’ambiente (art. 318-*bis* ss. d.lgs. n. 152/2006 introdotti dalla l. n. 68/2015) e recepita come ‘modello’ per altri campi (7), dove le oblazioni contrattate, con prescrizioni e messe in mora, sono *finalizzate alla non applicazione della pena*.

Questa la sua filosofia: obiettivo delle norme penali contravvenzionali di settore non è di reprimere gli illeciti, ma di prevenirli. La repressione *ex post* è in realtà una sconfitta della logica preventiva. Essendo reati di pericolo permanente, quando sono commessi rimane il pericolo, che va comunque neutralizzato. E l’obiettivo di eliminarlo o di ridurlo al minimo rimane lo scopo principale di quelle stesse incriminazioni. Non è come per l’omicidio o il furto, o il loro tentativo, che nessuno pensa di neutralizzare veramente con le incriminazioni, la cui legittimazione “repressiva” dalla cultura dominante è assicurata a prescindere. Nel sistema penale non è ancora stato studiato a fondo l’aumento vertiginoso dei reati di pericolo, che non riguarda certo solo l’economia, ma vasti settori. Il pericolo e non il danno è oggi il modello penalistico dominante.

Quando il pericolo genera profitto, che è il profitto della mancata sicurezza, la sua riparazione non viene avvertita come “di classe”, giovando a tutti, ma come contributo “alla sicurezza” comune. Si va anche oltre il

(6) D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Giappichelli, 2010, 203 ss., 270 ss.

(7) Cfr. per es. il Progetto 2015 della Commissione Caselli, di riforma dei reati alimentari, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2015, art. 12-*ter* ss.

dualismo tra prevenzione generale e speciale, che sono qui unite nell'idea della neutralizzazione dell'offesa di pericolo: *nuovo modello sanzionatorio, in cui la pena è già post-riparatoria*, perché interviene se ed in quanto non vi sia stata riparazione, che resta l'obiettivo primario della stessa norma penale (8).

1.10. La categoria del *compliance* è poi diventata, come noto, il paradigma generale dei rapporti tra responsabilità degli enti e responsabilità individuale dal 2001 in poi (art. 17, 49, 65 d.lgs. 231). Collaborazionisti. Questo è il modello culturale che si chiede ai soggetti più forti dell'economia, cioè le imprese. Hanno il vantaggio di costruirsi in privato varie regole, vestite su misura. Se “funzionano”, e i reati non vengono commessi, neppure le devono esibire: rimangono celate nei modelli di organizzazione interni. Solo in caso di commissione di reati quelle regole dovranno essere rivelate e saranno sindacate: perché non hanno funzionato. Non sono regole assolute, ma strumentali. Tanto che si possono adottare anche a posteriori, con qualche importante vantaggio sanzionatorio postumo. I precetti restano dello Stato, sono quelli delle incriminazioni. Della loro violazione rispondono i singoli, della mancata adozione o della inosservanza dei modelli rispondono gli enti, in caso di reato. Eppure è illusorio pensare che quelle cautele organizzative siano solo norme strumentali, “oneri”, perché non lo sono le cautele in genere. Obiettivo fondamentale della persona giuridica è dimostrare che i reati non siano mai “a vantaggio” o “nell'interesse” dell'ente, che la sua cultura, disciplina e politica d'impresa sia appunto totalmente collaborazionista della legalità.

1.11. A queste condizioni si può assistere veramente a *una mutazione genetica nella costruzione delle regole cautelari*. Molte cautele appartengono tradizionalmente al diritto pubblico. Esse non sono “disponibili” dai privati, che non devono disciplinare settori che possono non avere interesse a vedere ipergarantiti da norme costose e impegnative. Continuamente, anzi, *la magistratura reinterpreta le cautele in chiave pubblicistica, alzando il livello di protezione. E lo stesso fa con i modelli di organizzazione*. Ma è vero che solo lo Stato le regola? Gli “ordini” e le “discipline” del codice penale del 1930, non sono norme dei privati?

Una cosa peraltro sono le regole cautelari, *altra cosa sono i modelli di organizzazione*, che attengono più spesso a condotte dolose (delitti dolosi) o a violazioni di sicurezza commesse intenzionalmente: sono cautele impeditive dell'illecito, ma sono ad un tempo nuove *forme di colpa nel dolo*. Regole di non cooperazione, ma di contrasto ai reati. Il nesso tra *agevolazione colposa*

(8) Per l'elaborazione di una concezione generale della pena in chiave “post-riparatoria” rinvio a M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.

e dolo è del tutto tradizionale rispetto all'impedimento di reati dolosi, già nel nostro codice del '30: i reati di agevolazione riguardano proprio fattispecie dolose dove si discuteva, tradizionalmente, della stessa ammissibilità del concorso colposo nel reato doloso. Più recente, invece, nella giurisprudenza, è stata la scoperta di un collegamento tra cooperazione colposa e agevolazione colposa: attenuando la causalità del contributo *ex art. 113 c.p.*, così come tradizionale è l'attenuazione del contributo eziologico agevolatorio: paradigma presente anche nel modello del d.lgs. 231/2001 con riferimento alla rilevanza causale del "comportamento alternativo lecito" della persona giuridica con riferimento ai soggetti non apicali (art. 7) (9).

2. *La doppia linea di tendenza, in sintesi.*

2.1. Se dovessi riassumere queste linee evolutive del sistema penale economico non basterebbe dire che, come osservato in generale per il sistema penale complessivo, stiamo assistendo a un sempre più marcato avanzamento dell'idea punitiva dal *codice-decalogo* al codice come *strumento di politica criminale* con evidente orientamento alle conseguenze della risposta sanzionatoria (10). C'è in queste linee evolutive *qualcosa di più*.

2.2. Abbiamo da qualche tempo una politica criminale giudiziaria di forte contrasto a fenomeni di criminalità economica "disastrosa" o legata a contestazioni di grandi crack: dal *market abuse*, allo stesso delitto di ostacolo alle autorità di vigilanza se aggravato, dalle tradizionali ipotesi di bancarotta alle forme più gravi di reati societari di società quotate, dai reati tributari transnazionali ai macrodelitti codicistici ambientali o in materia di salute pubblica. Sono forme di interventismo giudiziario esemplare, non sempre peraltro circoscritto ad alcuni grandi processi (11), e con contestazioni sempre più frequenti di reati associativi. In parallelo assistiamo peraltro al

(9) Sul paradigma causale al massimo "solo agevolatorio" del comportamento alternativo lecito costituito dall'osservanza del modello, nel caso dei soggetti non apicali, cfr. C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss., spec. 1534-1545; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Giuffrè, Milano, 2008, 189 ss. Sul rapporto fra illecito e colpevolezza dell'ente v. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, Firenze, 2012, 403 ss.

(10) M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione giustizia*, 2004, 487 ss. (§ 3).

(11) Parla di "mutazione genetica" dell'intervento giudiziario penale in materia economica L. FOFFANI, *Una "nouvelle vague" del diritto penale dell'economia in Italia?*, Introdu-

dispiegarsi di un forte movimento penale economico dove grande rilievo assume *il momento della riparazione dell'offesa quale sostitutivo della pena tradizionale o quale componente centrale della risposta sanzionatoria*. Mai come nel diritto penale economico l'autore può permettersi la riparazione, e spesso anche il risarcimento, per non pagare con la libertà, e mai come in questo settore la riparazione può in vari casi assumere un significato davvero assorbente la pena. È a questo aspetto della politica penale che dedicheremo la nostra attenzione.

3. *La decodificazione del modello codicistico della "riparazione" nelle leggi speciali.*

3.1. Qualche anno fa, redigendo un inventario delle principali ipotesi di "pentimento" e di "perdono", o in altri termini premiali, del nostro sistema, mi sono accorto che erano davvero tantissime e che esse rispondono a logiche politico-criminali le più varie (12).

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, ambientali, alla bonifica dei siti nei reati ambientali, dalle forme di collaborazione processuale quasi esimenti applicate dapprima al terrorismo, poi alla criminalità organizzata, poi a vari reati di criminalità comune dello stesso codice penale, ai risarcimenti del danno liberatori per alcuni reati societari, o per l'oltraggio e ora anche, con l'aggiunta della riparazione dell'offesa, per tutti i reati perseguibili a querela (art. 162-ter c.p.), dalle amnistie e grazie condizionate, alle premialità dei benefici sospensivi, esecutivi e penitenziari connesse a forme di ravvedimento, dissociazione o risarcimento (art. 163 ss. c.p., 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 reati punibili fino a 4 anni di reclusione per effetto dei nuovi art. 168-bis -ter -quater c.p., etc. dopo la l. 28 aprile 2014, n. 67.

zione a L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. II, *Impresa e sicurezza* (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp), Il Mulino, 2015, 13 s.

(12) M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, 889 ss., spec. 919 ss.

3.2. Volendo valutare questa congerie di discipline in termini politico-criminali, va osservato che ci sono logiche puramente strumentali di collaborazione processuale, di recupero economico di poste di bilancio, di ravvedimento condizionato a collaborazioni processuali importanti, ci sono condotte di ripristino di situazioni del tutto indipendenti da una vera vittima, riguardando molte di quelle 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 alla prova degli adulti, e del risarcimento del danno, più condotta riparatoria, estintivi dei reati perseguibili a querela.

Ci sono, infine, le ormai numerosissime ipotesi di *confisca per equivalente* del profitto del reato che, rispetto a varie incriminazioni, anche ma non solo di natura economica, introducono forme di "riparazione coatta", una specie nuova di riparazione dell'offesa o del danno, che in realtà solo in alcuni casi va a vantaggio della vittima, quando c'è, essendo per il resto ancora modellata sulla confisca a favore dello Stato, o di una sua amministrazione, a prescindere dai diritti della persona offesa.

Una "non punibilità" complessiva che è espressione sì dell'*extrema ratio*, della sussidiarietà penale, ma per effetto di *diversissime logiche politiche*.

3.3. Ciò detto, va tuttavia rimarcato un aspetto davvero rivoluzionario di questo movimento premiale e riparatorio. Esso realizza *la più grande decodificazione del codice penale vigente sul piano sanzionatorio rispetto al tema della riparazione dell'offesa e del risarcimento del danno*. Una decodificazione del "modello" degli artt. 62, n. 6 e 56, co. 3 c.p. per i delitti (mentre per le contravvenzioni già il codice del '30 conosceva l'istituto dell'oblazione di cui all'art. 162 c.p., poi affiancato dal ben più ampio art. 162-*bis* nel 1981).

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 invece il *dovere* di subire una pena per tale offesa, ma non quello di ripararla, eliminarla, ridurla. Il soggetto può restare totalmente passivo e la pena seguirà il suo corso. Siamo, in effetti, nel dominio della *pena subita*.

La riparazione dell'offesa è invece *un mero onere*. Ciò dipende dall'*incoercibilità della riparazione* (salvo che riguardi la restituzione di beni o cespiti patrimoniali): 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 vittima (13).

Spesso si è poi di fronte all'*impossibilità della riparazione*: in caso di 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.

4. *La pena agita.*

4.1. C'è però un altro aspetto, decisivo. La riparazione dell'offesa è vista come onere in quanto è interamente *sostituita* dalla pena.

Tradizionalmente, lo Stato non pensava affatto alla riparazione come al primo problema da risolvere in favore di una vittima, quando la riparazione sarebbe possibile; non ci pensava 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, e dunque *non è una pena*, in quanto è sempre agita dal soggetto.

Per concepire la riparazione come una modalità o una forma di pena, occorrerebbe pensare che la pena può non essere soltanto subita. Si può trattare, invece, 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.

4.2. Gli istituti “premiali” sopra illustrati e che, nei diversi settori, recepiscono embrionalmente 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 diven-*

(13) 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 incoercibile lavoro coatto.

tando residuale, e non fondazionale, secondo la logica tipica della decodificazione (14).

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 sovrana, che subire la pena meritata, non appartiene alla politica criminale contemporanea in numerosi settori, e ormai nei principali settori di intervento penale.

Se peraltro ce n'è uno dove questo pensiero è davvero dominante ormai, esso è quello del diritto penale economico. L'apertura più travolgente è nel sistema punitivo dal d.lgs. n. 231 del 2001.

5. *Gli art. 12 e 17 del d.lgs. n. 231 del 2001. Una svolta culturale nell'idea punitiva.*

5.1. Il *trend* illustrato vede infatti l'ingresso per i reati commessi nell'interesse o a vantaggio delle persone giuridiche dei benefici concessi all'ente rispetto alle pene previste dal d.lgs. 231/2001 in caso di riparazione dell'offesa e risarcimento del danno. Il d.lgs. 231 ha infatti introdotto *ipotesi premiali di non punibilità*, sia pur con riferimento ad alcune rilevanti sanzioni: infatti, l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e (congiuntamente) il risarcimento integrale dei danni da parte della persona giuridica (anche da parte di terzi) (15), comportano *l'esclusione delle sanzioni interdittive* (art. 17 d.lgs. 231/2001). A ciò si aggiunge *una forte riduzione di quelle pecuniarie* (art. 12, co. 2 e 3, d.lgs. cit.).

5.2. Il messaggio culturale e politico è molto innovativo: per i reati comuni, ma certamente per quelli reati economici dove sia coinvolta un'impresa, è concesso all'ente di evitare le pene interdittive (che paralizzano l'attività di impresa) e di dimezzare quelle pecuniarie (le pene principali), adottando congiuntamente condotte efficaci di neutralizzazione dell'offesa e di risarcimento del danno per il fatto del dipendente o soggetto apicale autore del reato. In caso poi di adozione congiunta, *ex post*, del modello organizzativo, la riduzione scende *fino a due terzi* (art. 12, co. 3, d.lgs. cit.).

La piena neutralizzazione delle conseguenze del reato riduce tutte le pene e lascia residuare solo un terzo di quella pecuniaria.

Siamo qui in una cultura del tutto alternativa a quella penale classica.

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

(15) Cfr. S.R. PALUMBIERI, *Art. 17, in Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI, Utet, Torino, 2010, 237 ss.

5.3. La ‘logica’ classica 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 (*retro*, § 2). La presenza della vittima, in questa logica retributiva, è 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 del *danno*: che si attivi in proprio, il danno non interessa allo Stato. Anche la riparazione della stessa *offesa*, in tale visione, non è un obiettivo dello Stato: è un *onere* dell’autore del reato. 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 suo corpo, 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 pena, del resto, non si concepisce come “male morale”. Eppure, tutto ciò che di bene può derivare dalla pena è solo eventuale: sia la rieducazione, la risocializzazione, l’emenda, il pentimento, il perdono, la riconciliazione, la riparazione e il risarcimento.

Vero questo, *l’essenza della pena*, ciò che appartiene come *necessario al suo concetto*, è dunque un *raddoppio del male*.

5.4. Orbene, questa logica è spezzata dagli artt. 12 e 17 del d.lgs. 231 del 2001 sulla responsabilità delle persone giuridiche, perché il *primo programma* che essi mettono sul tappeto è la neutralizzazione di una specifica fonte di pericolo che rese possibile il reato: l’adozione di un progetto efficace di prevenzione del rischio, il modello organizzativo. Il *secondo programma* è comunque di riparare e risarcire il fatto altrui (colposamente agevolato). Ciò che comporta riduzioni della pena fino a due terzi, come per il delitto tentato (art. 56 c.p.), se c’è stata anche l’adozione del modello organizzativo idoneo. Infine, l’esclusione delle pene interdittive.

Si tratta all’evidenza di un progetto di non punibilità o di ridottissima punizione per effetto dell’adozione di condotte riparatorie sia dell’offesa che del danno. Dall’illecito dunque si torna indietro in maniera molto concreta, per chi ha la capacità di attuare una pena *agita*.

Questa profonda innovazione è solo in apparenza circoscritta alla responsabilità della persona giuridica. Infatti, *essa introduce la sua logica*

riparativa nel circuito più generale dei reati economici, accrescendo l'evoluzione dialogica nel rapporto fra precetto e sanzione che già è implicita nella cultura della compliance.

6. *La particolare adattabilità dei reati economici o d'impresa alle logiche riparative che razionalizzano l'intervento della sanzione "punitiva".*

6.1. Si noti fin da ora quella che possiamo definire *la peculiare "adattabilità" ai reati economici delle diversissime logiche riparative del sistema.*

Infatti, proprio la presenza di moltissimi reati di pericolo e di interessi superindividuali ai quali sono connessi, rende possibile l'esercizio di condotte riparatorie capaci di neutralizzare le offese (salvo casi di macro-offensività effettiva, come disastri etc.), mentre la capacità economica dei soggetti agevola grandemente le condotte risarcitorie.

Lo stesso *tipo d'autore* trasforma l'idea punitiva: *no body to kick, no soul to damn.*

Ciò significa che l'ambito dei *reati economici o d'impresa* (16) appare

(16) Nella letteratura il richiamo ai reati d'impresa ricorre frequentemente insieme a quello dei reati economici. La distinzione fra un diritto penale dell'economia in senso ampio e in senso stretto (per es. C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in A.M. STILE, a cura di, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, 295 ss., 299; e già K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. 1. AT, Reinbek bei Hamburg, 1976, 50 ss., 54), per differenziarli dalle offese meramente patrimoniali, fa leva sulla presenza (aggiuntiva o alternativa) di beni superindividuali o istituzionali afferenti ad un programma di scopo ovvero all'organizzazione o regolazione amministrativa di intervento in un certo settore economico. Così ancora C. PEDRAZZI, *Interessi economici*, cit., 299 ss. V. sempre, sul punto, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 50 ss. V. *amplius* quanto osservato in M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 1, 14 ss. L'eccesso di aspettative rispetto alle funzioni di garanzia della categoria del bene giuridico ha poi condotto a ritenere che proprio il settore economico evidenzia tecniche di tutela orientate alla protezione di regole, più che di beni (C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95 ss., spec. 102 ss., ID., *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. DONINI e M. PAVARINI, Bononia University Press, Bologna, 2011, 301 ss.; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, 265-268; E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, II ed., Zanichelli, Bologna, 2009, 11 ss. Sulla permanente insostituibilità del bene giuridico in ogni settore cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 4/2013, 1 ss., 34 ss. Su quanto la categoria della riparazione dell'offesa contribuisca a ripensare il tema del bene protetto anche in campo economico, v. *infra*, nel testo, §§ 9-10, e 10.4.

suscettibile di costituire *un settore-pilota* nella sperimentazione di logiche alternative a quelle retributive-assolute, “disorientate dalle conseguenze”, del diritto penale classico. È una logica di forte razionalizzazione della pena.

Vediamo *quale tipo di “riparazione”, distinta dalla restorative justice*, si produca in questi territori.

7. *Il delitto riparato. Il concetto e l'incidenza sulla parte generale e sull'art. 133 c.p.*

7.1. La nostra attenzione è ora concentrata soprattutto sulla *riparazione dell'offesa*, concetto più generale della *restorative justice* più pubblicizzata (v. *infra*, § 7), ma anche espressione di molteplici valenze politico-criminali.

Un paio di anni fa ho proposto all'attenzione dei penalisti l'idea del *delitto riparato* come *figura di parte generale* da affiancare al delitto tentato (17).

Si tratta di un problema di concezione della pena, di concreta politica criminale e di teoria del reato.

7.2. Sul piano della *concezione della pena* si prende atto che l'idea della riparazione dell'offesa e del risarcimento del danno è molto più razionale, quale base della commisurazione sanzionatoria, di quanto non sia l'idea retributiva: non esistono parametri validi per misurare il rapporto tra la libertà e tutti i più svariati beni giuridici protetti, per dire se l'insolvenza fraudolenta o la falsa testimonianza meritino un *quantum* di pena determinato, né per misurare addirittura la colpevolezza delle persone. È una pretesa davvero poco scientifica, soddisfatta nel modo più sperequato ovunque nel mondo e nella stessa prassi nazionale. Assai più razionale è costruire su riparazione e risarcimento, dove possibili, la ‘base epistemologica’ della pena: la quale sarà molto diversa se la riparazione c'è stata, potendo spesso addirittura risultare superflua. Molto più misurabili. Anche nei crimini più gravi è possibile la riparazione (vittime sostitutive, prestazioni di utilità sociale), se la si estende nelle sue possibilità di pena agita, non più meramente subita. Dove non sia possibile o attuata, resterà la pena classica, tuttavia ormai depotenziata delle irrazionali pretese commisurative di “raddoppio del male” (il male aggiunto proporzionalmente a quello commesso, il male che compensa e misura le colpe) e anzi *misurata a partire da un punto di*

(17) M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*-Riv. trim., n. 2/2015, 236 ss. La disequazione è: delitto riparato \leq delitto tentato.

riferimento "riparatore": perfino il genocidio e l'omicidio doloso aggravato ammettono forme riparative e risarcitorie. La pena per questi reati è comunque la massima possibile. Tutte le altre dovranno essere *proporzionate a discendere* e muovendo dalla premessa di una riparazione attuata o ancora possibile.

Riparazione dell'offesa e risarcimento del danno sono misurabili (anche se non proprio aritmeticamente) ben più di un loro equivalente in termini di sacrificio della libertà, o di un computo della colpevolezza secondo il medesimo parametro di raffronto. Là dove manchino condotte riparative, qualunque "proporzione" dovrà tenere conto di quella base sanzionatoria, o in vista di riparazione o risarcimento, o in rapporto alla loro mancanza. È il danno fatto alla nazione del § 7 di *Dei delitti e delle pene* quale "misura unica dei delitti" secondo Beccaria: pensiero troppo radicale, certo, ma verissimo nel delegittimare o ridimensionare le dosimetrie soggettive. Ciò imporrà di rivalutare il peso commisurativo dello stesso bene giuridico protetto, che è la base di ogni logica riparativa. Le componenti soggettive, scarsamente misurabili, dovranno essere ripensate in una valenza non centrale – la colpevolezza quale "fondamento" della commisurazione della pena! – ma subordinata, per rendere il più possibile controllabile razionalmente la commisurazione. Solo il dolo e la colpa quali componenti fattuali, modali, di "azione", entrano in una possibile dosimetria *aggravante*. Invece, le componenti personalistiche e motivazionali, i precedenti, la capacità a delinquere, svolgeranno un ruolo solo specialpreventivo di scelta del tipo di sanzione (*an*) o di attenuazione (*quantum*), e con finalità rieducativa, ma non in termini di valutazione aggravante il *quantum*, salvo che per le ipotesi *legali* cogenti di recidiva. La colpevolezza resta così solo *un limite* in termini commisurativi, e *un fondamento* solo in termini di imputazione del fatto-reato e della "cornice di colpevolezza" distintamente prevista per i *fatti dolosi* e *colposi*.

Questa delimitazione spezza le ali a ogni avventura generalpreventiva in chiave di mera deterrenza ed esemplarità o di logica d'autore.

Ne emerge peraltro una correzione significativa del vigente art. 133 c.p.: la condotta susseguente al reato non riguarda soprattutto la "capacità a delinquere" o gli universi motivazionali, ma una misura centrale nella risposta sanzionatoria, pur essendo estranea alla "colpevolezza per il fatto". La pena classica è pensata per il delitto non riparato, mentre quello riparato reclama una cornice diversa fin dall'origine.

7.3. Sul piano della *politica criminale* si riconosce che è più importante neutralizzare le offese e impedirne di nuove, dove possibile, che punire quelle commesse senza avere perseguito o ottenuto il primo obiettivo. L'ordinamento mette in primo piano la risposta riparativa al delitto, anziché quella repressiva. Occorre un impegno dello Stato a favore delle vittime e

comunque dell'idea sociale di *un saldo positivo attraverso la sanzione penale*, accrescendo il segno + del suo intervento, invece del segno - del male aggiunto. A tal fine è indispensabile offrire un programma sanzionatorio che metta in vetrina la soluzione della pena *agita*, di un progetto sanzionatorio motivante sia l'autore e sia le persone offese e danneggiate, che non sono abbandonate a se stesse con la sola promessa della pena "vendicativa" che duplica il male senza altro vantaggio e senza altro impegno per lo Stato. Anche l'idea che *il delitto non paga* fa parte di un programma riparativo non vendicativo ma ripristinatorio (v. per es. le confische per equivalente del profitto con primaria restituzione alla persona offesa).

7.4. Sul piano della *teoria del reato* si riconosce che una condotta che volontariamente ripristina la situazione precedente l'offesa non merita (salvo eccezioni della politica criminale) una mera attenuante comune, ma una diminuzione non inferiore a quella del tentativo. Questa idea è ben più avanzata oggi nel caso dei delitti perseguibili a querela di parte (art. 162-ter c.p.) e in tutti i casi di responsabilità "da reato" della persona giuridica, per non parlare delle contravvenzioni obblazionabili che occupano una parte rilevante del diritto penale economico. Le *cornici di parte speciale* non saranno dunque pensate come un "raddoppio a prescindere", salvo attenuanti eventuali, ma contempleranno dall'origine, con la figura generale del delitto riparato, *un titolo autonomo pensato per la riparazione*.

7.5. Non solo. La *cornice edittale autonoma del delitto riparato* (non: cornice + attenuante, ma: la prima cornice è quella del titolo autonomo) realizza già nel suo 'programma' la seconda parte dell'art. 133, che non riguarda il 'fatto': *la stessa cornice edittale classica*, dovendo essere commisurata anche su elementi *extrafattuali* come sono quelli della seconda parte dell'art. 133 c.p., *non è mai stata pensata solo in funzione della sola colpevolezza per il fatto*. La riparazione, tipica condotta post-fattuale, riguarda il fatto e l'autore insieme, secondo il codice del 1930. In realtà, essa riguarda il post-fatto (neutralizzazione dell'offesa) e l'eliminazione del conflitto (la vittima): per il suo valore 'fondante', la riparazione non rimane circoscritta alla seconda parte dell'art. 133 c.p., ma svolge un ruolo primario nella determinazione della stessa gravità del reato (del "danno" o del "pericolo").

8. *La differenza tra il delitto riparato e la restorative justice.*

8.1. Delitto riparato e giustizia riparativa non sono sinonimi. Il primo ha un'estensione più ampia e ricomprende solo in parte la seconda.

La *restorative justice* tradizionale è costruita sul rapporto tra *autore e vittima*. Riguarda la composizione del conflitto fra autore e soggetto passivo o la comunità alla quale appartiene, e le tecniche per produrre il risanamento di quella "frattura" personale, ideale e sociale che il reato ha prodotto innanzitutto tra i due soggetti protagonisti costituiti dal reo e dalla vittima: riconciliazione, inclusione, incontro (18). Ciò ne segna un destino di delimitazione consistente nel panorama del diritto penale contemporaneo. È dialogica, ma non perché supponga un dialogo tra lo Stato e il responsabile del reato: suppone un dialogo fra autore e vittima. Essa, del resto, riflette notoriamente una concezione non statalista della giustizia dove sono la comunità e la vittima che devono ricevere una risposta positiva dall'autore del reato o dell'illecito. Lo Stato non è affatto richiesto che vi partecipi. Nel caso della mediazione penale, anzi, ne rimane rigorosamente escluso.

8.2. La *riparazione dell'offesa* è invece concetto molto più ampio e più tecnico. Il delitto riparato può rappresentare la categoria teorica (la "dogmatica") entro la quale collocare anche la *restorative justice*, la giustizia riparativa in senso stretto, ma eccede ampiamente i suoi confini strutturali e culturali. Il delitto riparato, cioè la riparazione dell'offesa, può dipendere da valutazioni molto ciniche, strumentali, dello stesso ordinamento, da declinazioni molto utilitaristiche della premialità.

8.3. Una larga parte delle ipotesi premiali esistenti non sono istituti di *restorative justice* in senso stretto, anche solo perché non c'è nessuna mediazione con una vittima, nessun rapporto con essa, nelle condotte riparatorie che neutralizzano offese di pericolo in materia ambientale, di sicurezza del lavoro, edilizia, nelle ipotesi di collaborazione processuale, nei condoni, nelle sanatorie, o nella restituzione del profitto del reato allo Stato. Oppure lo Stato stesso si presenta come soggetto passivo, e allora non entra neppure in gioco quella dimensione non statualistica propria della giustizia riparativa che attrae quest'idea in una cultura diversa da quella penalistica dominante e presente in realtà nelle stesse discipline legali degli istituti riparativi.

Del resto, che cosa succede se una vittima non c'è? Se il reato è di pericolo? Se ci sono persone danneggiate, piuttosto che individualmente offese? E se l'autore vero della messa in pericolo è una persona giuridica? Ancor più, se il *vero destinatario dei precetti* sottostanti alle incriminazioni è un ente, e non la persona fisica che occasionalmente commette i reati?

(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.

8.4. Nei reati ambientali, alimentari, giuslavoristici, ma anche in varie fattispecie “d’impresa” accade che sia in gioco la sicurezza di un determinato settore: sicurezza del lavoro, dell’ambiente, degli alimenti, del prodotto, dell’informazione societaria, del mercato, della concorrenza, dei trasporti etc. Tale sicurezza è pregiudicata dalla commissione di vari reati-avamposto, di pericolo. Tuttavia mentre *la commissione di quei reati* spetta alle *persone fisiche*, per lo più titolari di rapporti giuridici qualificati (reati propri), i *veri destinatari delle regole di sicurezza* che devono essere attuate affinché gli illeciti penali non vengano commessi, *sono le imprese* (19).

Abbiamo dunque reati d’impresa commessi da persone fisiche, ma la cui prevenzione poggia tutta sull’impegno economico e culturale delle imprese del settore.

La riparazione, infine, ammette anche spazi di attuazione coattiva da parte dello Stato quando si tratta di confisca del profitto. Tale forma di confisca potrebbe essere particolarmente significativa e “virtuosa” qualora venisse concepita *di regola* come uno strumento riparatorio a favore della vittima, e non contro l’autore semplicemente allorché le relative somme sono ingenerosamente incassate dallo Stato.

9. *La riparazione (e il risarcimento) nel lessico legislativo comune.*

9.1. Già il codice penale del ’30 non è preciso sul piano lessicale (20): il danno civile da reato è oggetto di risarcimento, ma anche di riparazione (art. 62, n. 6, 185, 186 c.p.). L’offesa penale (il danno criminale), che si concentra nelle conseguenze dannose o pericolose del reato (21), è oggetto di una condotta diretta a elidere o attenuare quelle conseguenze: conseguenze che costituiscono un parametro di valutazione della stessa “gravità del reato” secondo l’art. 133, co. 1, n. 2, c.p. Le due realtà sono chiaramente affiancate ma distinte nell’art. 62, n. 6 c.p.: del danno si dice che deve, ma soprattutto che può, essere integralmente risarcito. Delle conseguenze dannose e pericolose del reato non lo si può dire. Potranno essere elise, ma anche solo attenuate.

9.2. Anche il legislatore contemporaneo non è affatto rigoroso nell’im-

(19) Sul tema v. alcune anticipatorie riflessioni di G. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell’illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 753 ss.

(20) Cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, 51 ss.

(21) M. DONINI, “Danno” e “offesa”, cit., 1546 ss.

piego del termine “riparazione” rispetto al “risarcimento”. Usa promiscuamente la riparazione come termine riferibile sia al danno sia all’offesa, e lo impiega anche per le ipotesi di esecuzione coattiva di azioni di sequestro e confisca con finalità afflittiva, piuttosto che “riparativa”.

Soprattutto, lascia intendere in modo incerto che sia l’uno (il risarcimento) e sia l’altra (la riparazione) possano o debbano essere integrali oppure no, senza chiarire assolutamente che cosa questo significhi, ma precisando a volte che (solo) la riparazione del danno, intesa come risarcimento o restituzione, deve essere integrale.

9.3. L’art. 162-*ter* c.p. (dopo la riforma Orlando di cui alla l. 23 giugno 2017, n. 103) subordina l’estinzione dei *reati perseguibili a querela* al presupposto per cui “l’imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato”. Analoghi, del resto, il lessico e previsioni degli art. 12 e 17 d.lgs. 231/2001 sulla *responsabilità dell’ente*. Più generica la disciplina del *giudice di pace*. L’art. 35 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, intitolato “estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie”, la quale richiede che l’imputato dimostri “di aver proceduto, prima dell’udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di avere eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato”.

9.4. Invece, nel caso della *messa alla prova* prevista dal *codice penale* dopo la l. 28 aprile 2014, n. 67, l’art. 168-*bis* prevede “la prestazione di condotte volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato”. In questo caso, come si vede, la messa alla prova introduce una previsione distinta nel tradizionale rapporto tra risarcimento e riparazione dell’offesa, esigendosi o condotte “volte” alla riparazione dell’offesa, o il risarcimento del danno “ove possibile”, con una sicura attenuazione del rigore nella richiesta di integrali risultati riparatori e risarcitori. Se il requisito appare “compensato” dalla richiesta aggiuntiva e obbligatoria della prestazione di lavoro di pubblica utilità (art. 168-*bis*, co. 3, c.p.), nondimeno fa i conti con le disuguaglianze economiche degli autori, molto più del tradizionale richiamo al risarcimento integrale.

9.5. In generale, si può dire che il termine *risarcimento* è sempre circoscritto al danno civile, mentre non compare *mai* per le conseguenze dannose o pericolose del reato, cioè *per l’offesa*.

Possiamo infine notare come il termine *riparazione* non sia utilizzato per descrivere le pene in senso stretto, ma solo condotte doverose (il risarci-

mento) o incentivate (l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose) come onere per ottenere determinati benefici.

In qualche caso, tuttavia, è indubbio l'uso del termine riparazione per istituti chiaramente punitivi. È quanto accade nel caso singolare dell'art. 322-*quater* c.p., intitolato "riparazione pecuniaria", il quale introduce *una sanzione* confiscatoria aggiunta alla confisca speciale del profitto, per alcuni delitti contro la Pubblica amministrazione. Dopo la confisca del profitto o del prezzo dei reati, o di beni corrispondenti per valore a tale prezzo o profitto (art. 322-*ter* c.p.), si prevede anche il "pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio appartiene.....restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno".

Qui è evidente che la "riparazione pecuniaria" a favore dell'amministrazione è una vera sanzione afflittiva acquisitiva non del profitto, ma di un valore corrispondente, *aggiunto* alla confisca del profitto che viene incamerato dallo Stato.

Possiamo dunque proporre di impiegare preferibilmente per i danni civili il termine risarcimento, e solo il termine riparazione per le conseguenze del reato distinte dai danni civili, conformemente all'uso internazionale del concetto di giustizia "riparativa", anche se, come si è visto, esso risulta più circoscritto rispetto alla riparazione dell'offesa in senso tecnico.

In sintesi, dunque: risarcimento del danno e riparazione dell'offesa.

Rimangono peraltro (v. in particolare i citati e più recenti art. 162-*ter* c.p. e 168-*bis* c.p.) *differenze non solo lessicali* sul carattere integrale del risarcimento o della riparazione che rimandano a *una diversa declinazione dell'uguaglianza*, che andrà meglio illuminata chiarendo la *determinatezza concettuale* delle offese riparabili.

10. *Danno e offesa sul piano della determinatezza. Differenze.*

10.1. Il risarcimento del danno condivide con la *sanzione civile* la sua scientifica determinatezza. Se si cagiona un danno di 100, comunque ciò sia avvenuto, qualunque giudice condannerà il debitore a restituire 100, più rivalutazione e interessi (22). Solo in caso di "danni punitivi" questa mate-

(22) Dolo e colpa non incidono sul risarcimento, almeno a parità di danni prevedibili. Cfr. gli artt. 2056, 1223, 1225 c.c.

matica certezza sarà sconvolta. *Et pour cause*, perché i danni punitivi avvicinano la sanzione civile a quella penale.

La *sanzione penale*, invece, connessa all'offesa e alla incommensurabilità della libertà con i più vari beni giuridici protetti, nonché con l'impresa impossibile di misurare la "colpevolezza" (sic!), resta la più soggetta a differenze discrezionali di apprezzamento, sì da rendere quasi impossibile prevedere che due giudici irroghino la stessa pena per fatti identici. Con l'ovvia, ma problematica eccezione delle pene fisse.

La differenza concettuale tra risarcimento del danno e riparazione dell'offesa rimane attratta nella fatale differenza della logica sanzionatoria civile e penale.

Nondimeno, proprio rispetto alla sanzione penale la riparazione dell'offesa contribuisce a una sua migliore determinatezza.

10.2. Ogni patteggiamento, ogni *compliance*, ogni riparazione dell'offesa suppone un qualche *bilanciamento*. Ciò invece è precluso per il risarcimento del danno, che presenta una commisurazione ben *più scientifica*, come nella *sanzione civile* in genere (23).

Invece la riparazione non è predeterminata nel *quantum* o nel *quomodo*, riguardando un concetto eterogeneo qual è *l'offesa*. E per di più potrà variare a seconda che l'offesa stessa sia stata cagionata con dolo e per colpa: a parità di danni, un disastro doloso e uno colposo, producono "conseguenze dannose o pericolose" avvertite diversamente da vittima e società. La diversa pena per i medesimi eventi oggettivi contempla anche questi aspetti psicosociali, oltre a quelli personali dell'autore e della sua colpevolezza o capacità criminale, diversamente condizionati dalle condotte intenzionali e da quelle involontarie.

Di qui la necessità di bilanciamenti anche sul terreno della riparazione dell'offesa.

10.3. Se il reato ha *contenuto (anche) patrimoniale*, peraltro, come accade in molti reati economici, il compito è facilitato. Qui riparazione e risarcimento si avvicinano. Solo l'impatto più forte della condotta dolosa o delle sue modalità potrà richiedere una differente prestazione a favore della vittima o della comunità.

10.4. Se il reato, invece, *non ha un vero contenuto patrimoniale*, ma o è di pericolo, o attinge a beni istituzionali, collettivi, superindividuali, strumentali, ideali etc., l'offesa richiederà uno sforzo di determinazione più

(23) Il risarcimento del danno conosce bilanciamenti solo nella predisposizione del parametro di misura allorché si tratti di beni/danni immateriali (moralì, biologici etc.) che vanno ricondotti a un valore patrimoniale. Ma si tratta di criteri unitari postulativi: una volta fissati, valgono sempre per tutti i casi.

selezionato. Si prospetta un'attività di concretizzazione — che cosa è l'offesa di un determinato reato e che cosa è la sua riparazione — da estendersi a tutte le incriminazioni, *rivitalizzando lo stesso principio di offensività* dal lato del versante sanzionatorio.

Un reato di falso o mendacio può esigere il ripristino del vero per il passato o per il futuro, un reato che attenti alla sicurezza di determinati settori potrà esigere la neutralizzazione del pericolo e la garanzia di comportamenti osservanti per il futuro, un reato a base violenta o sessuale potrà esigere un programma di rieducazione psicologica dell'autore, un programma psicoterapeutico, etc.

10.5. La riparazione, infatti, è un *concetto più ampio della stessa offesa fattuale "consumata" al tempo della condotta*, tanto che riguarda appunto *condotte sopravvenute, e dunque post-fattuali*, nel loro significato antagonista rispetto al reato commesso. Questo aspetto si valorizza ancor di più sul versante vero e proprio della *restorative justice*, che mette in campo l'intero rapporto fra autore e vittima, una riconciliazione che va ben al di là del fatto tipico commesso e che rientra del resto nella cornice edittale per la *valenza extrafattuale che hanno i parametri della seconda parte dell'art. 133 c.p.* Un aspetto del tutto ignorato se non contestato in dottrina (24), e che schiude spazi di indagini future di grande interesse: *la colpevolezza per il fatto non è più, qui, il limite insuperabile della pena e comunque il suo orizzonte epistemologico*, sia perché non lo è mai stato, almeno di fatto, e sia perché una parte della cornice considera parallelamente, e non subordinatamente, altri tipi di rapporti e condotte "extrafattuali". Ma rimane il limite dell'art. 27 Cost.

10.6. Se il reato è *economico*, infine, la sua patrimonializzazione potrà non bastare in quanto siano coinvolti altri interessi collettivi o istituzionali. Ma certamente la garanzia patrimoniale e la riorganizzazione di un'impresa potranno conferire notevole certezza a un programma di ripristino della legalità e della sicurezza.

In questo senso, tali profili di concretizzazione riparatoria offrono un

(24) La critica più radicale alla seconda parte dell'art. 133 c.p. se inteso (tradizionalmente) al di fuori del principio di colpevolezza per il fatto, e dunque nel quadro di una capacità a delinquere "extrafattuale" si può leggere nel fondamentale studio di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979. Peraltro, la rilettura dell'art. 133, co. 2, c.p. alla luce dell'art. 27, co. 1 e 3, e 25 cpv., Cost. consente di disporre di uno statuto di garanzia più forte del tradizionale concetto di colpevolezza per il fatto. Il presente contributo vuole offrire l'indicazione di un percorso garantista per una rilettura della commisurazione della pena che superi il dominio culturale (dottrinale) totalizzante della colpevolezza, incapace di riflettere la vigente disciplina e prassi della pena, ma anche di correggerla veramente in senso costituzionalmente conforme.

contributo importante alla stessa razionalizzazione della pena, quando la si debba applicare: perché non sarà una inafferrabile commisurazione della colpevolezza a concretizzare la pena, ma il residuo di delitto non riparato che rimane al tempo del giudizio, e sempre con una apertura a successivi programmi di pena agita.

Della colpevolezza ci si dovrà accontentare quando non esistano altri programmi alternativi al giudizio di “meritevolezza” per la condotta passata: un’apparente colpevolezza-garanzia da sempre riempita di (e dunque “svuotata” attraverso la) prevenzione generale (25).

11. *Prassi giudiziali e attenzioni riformistiche “riparatorie” e “negoziali” in ambito economico.*

11.1. Non possono a questo punto stupire, ma *non è facile ricondurle tutte a una cultura comune*, varie prassi giudiziali o proposte di riforma relative al delitto riparato in ambito economico.

11.2. Nella *bancarotta riparata*, per esempio, l’idea della riparazione dell’offesa di pericolo, in cui consiste la bancarotta patrimoniale prefallimentare, introduce due novità importanti nell’evoluzione di questa fattispecie, formalmente immutata, come “disposizione” legislativa, dal 1942. È stata la giurisprudenza a elaborare la figura della c.d. bancarotta riparata, che ha luogo qualora gli originari illeciti siano ripianati mediante atti di segno contrario idonei a eliderne l’offensività, o meglio: a eliminare prima della dichiarazione di insolvenza gli effetti pericolosi delle condotte distrattive, dissipatorie etc., precedenti. Con piena neutralizzazione del pericolo, che da pericolo astratto-presunto viene così declinato, almeno in queste situazioni “esimenti”, in una dimensione concreta. Come se si trattasse di presunzione relativa, e dunque dell’ingresso del principio di offensività in chiave premiale (26).

È una linea evolutiva che prepara culturalmente le svolte giurisprudenziali più recenti in materia di offensività della bancarotta come reato di pericolo concreto.

11.3. La negozialità si insinua nei processi economici in *varie forme: un*

(25) Amplius DONINI, *Il delitto riparato*, cit. 236 ss.; Id., Per una concezione post-riparatoria della pena, cit., 1187 ss.

(26) Cfr. Cass., Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, Spitoni, in CED Cass., rv. 238212; Cass., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212, Arcari, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 745 ss., con nota di ZAMPANO, *Bancarotta « riparata » e principio di offensività*.

avvenuto risarcimento, con esclusione di una parte civile, può schiudere di fatto a riletture importanti di tutta la vicenda processuale: qui forse più che in certi reati comuni, perché la presenza di forti componenti normative, di elementi normativi nelle fattispecie, consente spazi di manovra ermeneutica dove l'assenza finale del danno può svolgere un ruolo ben diverso che in un semplice reato "patrimoniale".

Un *sequestro preventivo* del "profitto"-provento del reato può di fatto risultare destinato a tutelare il danneggiato-persona offesa, come se si trattasse di un *sequestro conservativo*: sì che in caso di risarcimento a favore di quest'ultimo, la conservazione di un vincolo reale su un determinato bene e per un determinato importo, in vista di una confisca, perde significato. Riparazioni e accordi possono intervenire al riguardo.

Ma l'inventario è assai più variegato.

Come anche di recente segnalato (27), si assiste, infatti, frequentemente all'emersione di pattuizioni, variamente formalizzate, tra la Pubblica Accusa e la difesa dell'ente in punto di regolazione degli effetti della confisca o del sequestro preventivo finalizzato alla stessa. La tipologia di tali accordi è estremamente variegata e spazia dalla determinazione consensuale del profitto del reato da sottoporre a confisca, alla individuazione dei beni da attingere con il vincolo reale, dalla surrogazione dei beni sequestrati alla regolamentazione delle conseguenze della solidarietà tra enti e persone fisiche. Posto che la confisca ed il sequestro preventivo non rientrano nella disponibilità delle parti, tali accordi non vincolano il giudice, ma possono assumere pur sempre una funzione di orientamento nella decisione.

11.4. Un patteggiamento può risultare precluso *ex lege* o ammesso solo entro certi limiti (per es. in materia penale tributaria *ex art. 13-bis* d.lgs. n. 74 del 2000, e succ. mod., più volte impugnato per ritenuta illegittimità costituzionale (28)), ma nulla esclude che condotte riparatorie possano indurre a concordare *di fatto* con l'accusa soluzioni sanzionatorie corrispondenti da raggiungere attraverso un rito abbreviato.

11.5. Ancor più significativo appare l'impiego dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, che consente all'ente una pena concordata a prescindere dall'identificazione della persona fisica autore del reato-presupposto, al fine di ottenere patteggiamenti "anticipati" per l'ente, di fatto *sostitutivi* dell'imputazione indivi-

(27) F. D'ARCANGELO, *Profili di negoziabilità nel sequestro e nella confisca per equivalente nella trama del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, 2016, 9 ss., con vari richiami giurisprudenziali anche di legittimità.

(28) V. da ultimo, in tema di omesso pagamento dell'Iva riscossa, Ord. C. cost. 10 maggio 2017, n. 102.

duale non ancora formulata. Nel caso *Credit suisse* (29) la Procura di Milano, per es., in un procedimento per frode fiscale, riciclaggio e ostacolo all'autorità di vigilanza, ha concordato per la società svizzera una consistente sanzione pecuniaria che ha di fatto consentito di "chiudere" una vicenda penale che avrebbe problematicamente ma in modo incerto potuto coinvolgere i suoi amministratori, rimasti così indenni dall'imputazione. Formalmente non era possibile "patteggiare" anche sulle future azioni penali riguardanti le persone fisiche, ma la possibilità tecnica che l'art. 8 offre alle Procure getta in una materia così intrisa di negozialità e logiche privatistiche una luce obliqua circa l'uso di una occulta discrezionalità dell'azione penale nel rapporto fra responsabilità degli enti "che pagano" e irresponsabilità degli individui "che non pagano".

11.6. Quelle fin qui indicate sono applicazioni *in bonam partem* di una logica negoziale diversamente apprezzabile che si insinua tra le maglie larghe del processo penale in materia economica. Esiste però anche un versante più rigoroso, e non necessariamente più virtuoso, della gestione negoziale di forme riparatorie.

Sul piano della reale *capacità preventiva della disciplina del d.lgs. 231/2001* sugli enti, sono note le critiche che provengono dall'osservazione della prassi: *la giurisprudenza*, ritenendo quasi sempre inidonei, *post factum*, i modelli organizzativi, *disincentiva la loro previa costruzione e osservanza*, perché il reato, alla luce del rigorismo interpretativo che sorregge quella prassi, appare come una *condizione obiettiva di punibilità* anche se si costruisce un vero modello, risultando fortuito e ad un tempo penalizzante il suo verificarsi.

11.7. Di qui l'emergere di proposte di riforma nuovamente ispirate a logiche riparatorie e premiali, ma costruite sulla *messa alla prova* (30): ipotesi che suppongono una ingerenza maggiore del potere giudiziario o di terzi delegati, nella gestione e organizzazione aziendale, ma promettono anche di rivitalizzare i modelli.

Una tale prospettiva alimenta però di fatto anche la strategia prevenzionistica (più che riparatoria) delle misure di commissariamento già previste dall'art. 15 d.lgs. 231/2001, e in seguito ai sensi dell'art. 32 del decreto legge

(29) La banca ha patteggiato 8,5 milioni, più confisca (dopo aver pagato all'Agenzia delle entrate 111 milioni). L'accordo è stato successivamente recepito dal GIP competente. Traggo la notizia da L. FERRARELLA, Milano, *La stangata a Credit Suisse*, in *Corriere della Sera*, cronaca di Milano, 21 ottobre 2016 e quindi da E. PARODI, *Polizze*, *Gip Milano ratifica patteggiamento Credit Suisse*, in *www.reuters.it* 14 dicembre 2016.

(30) Cfr. G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, 3 ss.

24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, che ha introdotto strumenti avanzati sul fronte della prevenzione e del contrasto dei fenomeni corruttivi, definite “*misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese*”, ma che è estensibile (comma 10) alle imprese colpite da informazione antimafia interdittiva (art. 84, co. 4 e 91, co. 6, d.lgs. n. 159/2011).

11.8. Accanto a queste prospettive “riparatorie” ma anche dirigistiche, di tipo misto, volontarie e/o coattive, affiorano tendenze probabilmente più estranee alla nostra cultura aziendale, volte ad incentivare il collaborazionismo non solo in prospettiva post-fattuale, ma anche anticipata, premiando le condotte di *whistle-blowing* (31), che appaiono centrali nell’esperienza statunitense (32).

La valutazione giudiziale dell’introduzione *ex post* di modelli organizzativi adeguati si fa a volte pregnante come il giudizio sul passato: è così che l’applicazione dei benefici di cui agli art. 12 e 17 del d.lgs. 231 può venire sindacata fino in Cassazione, con richiesta di rivalutazione delle premesse fattuali che giustificano i benefici premiali (33).

Si comincia a sentire la morsa del dirigismo statale in questi *trends*. È evidente che siamo lontani dalla prospettiva volontaristica e comunitarista della *restorative justice*. Sono riparazioni eterodirette e controllate “dall’alto” quelle alle quali facciamo cenno. Non ci sono mediazioni e riconciliazioni, pentimenti e perdoni. La logica resta strumentalmente riparatoria, ben consona a persone “senz’anima”.

12. Per una svolta “(dis)-uguale” non solo di settore nella politica della pena.

12.1. È sempre un azzardo generalizzare in materia penale. Certo che, in questo bagno di realtà, la forza e la logica della riparazione, più che della *restorative justice* (*retro*, § 7), hanno assunto i tratti di un fiume in piena che ha ormai esondato dai territori del diritto penale economico, e sta inondando tutto il sistema penale.

(31) R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati d’impresa nel d.lgs. N. 231 del 2001 e nel d.l. N. 90 del 2014: non solo repressione ma prevenzione e continuità aziendale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 settembre 2015, 10.

(32) Cfr. R. RAGUÉS Y VALLES, *Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos de la empresa*, in J.-M. SILVA SÁNCHEZ, (dir.), R. MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, 161 ss.

(33) Cfr. Cass., Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209.

12.2. *In determinati settori, dove sono gli enti i veri destinatari dei precetti*, si percepisce la fittizietà della responsabilità individuale/personale quale paradigma “generalista” della responsabilità da reato o per il reato. Se per le persone giuridiche la premialità è un paradigma generale, se il delitto riparato comporta una riduzione di due terzi della pena o l’esclusione di pene interdittive, risulta chiaramente la *illegittimità* di mancate previsioni premiali corrispondenti, di analoghe *chances*, anche per le persone fisiche che abbiano commesso i reati-presupposto.

12.3. *Diversa* è la *generalizzazione* della responsabilità da reato degli enti a un campo vastissimo di *reati non “d’impresa”, e neppure propri, ma comuni*, o propri di altri soggetti (es. amministratori pubblici), dove *veri destinatari* dei precetti ‘basici’ restano *le persone fisiche*. Tuttavia la forza cogente del principio di uguaglianza, dell’art. 3 Cost. nella sua duplice identità differenziatrice (34), impone che non si tolga a chi non può sostenere un risarcimento integrale il premio che si assegna a chi ha solo il merito di poterlo attuare (l’ente o l’imprenditore). Quando si sente dire che la giustizia riparativa è diseguale perché premia gli abbienti, è giusto contestarlo rispetto alla riparazione in senso stretto, quella dell’offesa: che può sempre essere attivata anche da chi ha scarsi mezzi economici. Ciò non vale, tuttavia, per il risarcimento (o l’offesa *patrimoniale* in senso stretto), che resta, se imposto insieme alla riparazione dell’offesa, *uno strumento di premialità diseguale*.

Colmare la disuguaglianza richiede qui una generalizzazione del premio su basi diverse.

Si impone una differenziata logica premiale, affinché ai singoli non resti solo una limitata *restorative justice*, mentre a imprenditori ed enti arride una nuova stagione di virtuosa impunità (35).

Si apre qui un discorso nuovo sull’intero settore della commisurazione della pena, dove la seconda parte dell’art. 133 c.p. vigente dovrà essere ripensata alla luce dell’idea della riparazione dell’offesa come centrale e non marginale. Siamo a un punto di partenza. È per tale profondo significato innovativo che dedico queste riflessioni a Emilio Dolcini, il Maestro che più di tutti negli ultimi quarant’anni ha scandagliato i nessi profondi fra commisurazione e scopi della sanzione penale.

(34) La differenziazione è un motivo conduttore della rappresentazione del reato che ho proposto in M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004.

(35) Il modello dell’art. 168-*bis* c.p., rispetto a quello dell’art. 162-*ter* c.p. (retro, § 8), appare al riguardo più conforme allo scopo.