

RIPARAZIONE E PENA DA ANASSIMANDRO ALLA CGUE (*)

Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. Anassimandro e la pena come legge universale di azione e reazione. – 2. Lo scudo di Achille. – 3. Le Eumenidi di Eschilo: il superamento della vendetta nel *ius dicere*. – 4. Dalla collera di Dio alla *Teshuvah*, alla croce come pena capitale. – 5. Isidoro di Siviglia e il concetto del taglione. – 6. Il *Cur Deus Homo* di Anselmo di Aosta. – 7. La nascita del Purgatorio. – 8. Retribuzione, colpa. La pena subita è “scienza descrittiva”. – 9. Castigare non ha uno scopo: è già lo scopo. I genealogisti della morale di Nietzsche. – 10. Il necessario eccesso della pena rispetto alla riparazione dell’offesa e del danno. La “parte che è del Principe” secondo Foucault. – 11. *Lex minus quam perfecta*. L’essenza concettuale della pena che non ripara. – 12. Il rifiuto morale e utilitaristico della pena simmetrica come raddoppio del male. – 13. La messa in crisi del valore commisurativo della retribuzione “calcolata a tempo”. – 14. La “materia penale” e il suo listino prezzi. – 15. La pena agita. – 16. La problematica ricezione della simmetria della pena “eccedente” il danno da parte della CGUE. – 17. La base epistemica di una diversa razionalità della pena. – 18. La realizzazione *in fieri* dell’idea riparativa e della pena agita. – 19. La riparazione come programma dello Stato: riparazione prestazionale e interpersonale. – 20. Quattro critiche all’idea riparativa. Replica.

1. Anassimandro e la pena come legge universale di azione e reazione.

Un breve viaggio nel tempo ci dovrebbe illustrare perché da millenni di pensiero retributivo è partorita l’idea che la riparazione possa in parte sostituire e in parte razionalizzare questa storia della penalità.

Nella cultura greca troviamo, alle origini del pensiero occidentale, l’antidoto più forte contro l’idea di vendetta dentro alle prassi della società e dello Stato. Questo antidoto non è rappresentato dal concetto del taglione, ma da quello della ragione umanistica, del riscatto e del perdono.

L’unico frammento di Anassimandro (610-564 a.C.) che, se non si può ritenere con certezza letteralmente suo, è almeno una parafrasi del suo libro – forse il più antico documento in prosa¹ – ci è così restituito:

(*) Il testo riproduce, con piccole aggiunte, il contributo per il volume *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, 2022. Si ringrazia l’Editore per averne autorizzato la pubblicazione in questa *Rivista*.

¹ Cfr. H. DIELS-W. KRANZ, *Fragmente der Vorsokratiker* [1951-1952⁶], trad. it. *I presocratici*, a cura di G. REALE, Bompiani, Milano, 2006, *Anassimandro, Frammenti*, p. 196 s. (da SIMPLICIO, *Commento alla Fisica di Aristotele*, 184b 15).

Anassimandro disse che il principio degli esseri è l'infinito (*apeiron*), di dove gli esseri hanno origine lì hanno anche la dissoluzione secondo necessità: essi infatti pagano a vicenda la pena e il riscatto dell'ingiustizia secondo l'ordine del tempo².

Azione e reazione, necessità, compensazione, pena, riscatto, fio, espiazione, ingiustizia e giustizia in un ordine cosmico, naturale prima che legale. Sono le parole evocative di una sorta di legge cosmica di contrappasso, pensata però avendo di fronte la società umana e il suo lessico³.

Il *quomodo* di questa reazione, peraltro, è un libro aperto a diverse scritture, se si passa dalle visioni cosmologiche a quelle sociali della giustizia. Pena o riscatto?

2. Lo scudo di Achille.

Nel libro XVIII dell'Iliade Achille riceve da Efesto un nuovo scudo, bellissimo. Nello "scudo d'Achille" sono raffigurate varie scene: l'universo, due città, l'aratura, la mietitura, la vendemmia, i pascoli, giovani danzanti e infine l'oceano.

Nella descrizione della prima città (vv. 497-508) si dice:

«E il popolo era raccolto nella piazza: lì una lite sorgeva, e due uomini discutevano per un compenso di un uomo ucciso; l'uno scongiurava di dare tutto dichiarandolo davanti al pubblico, ma l'altro diceva di non voler prendere nulla; entrambi ricorrevano all'arbitro [*istor*] per capire il limite [*péirar*] della causa. Il popolo acclamava entrambi, c'erano i sostenitori dell'uno e dell'altro; le guardie trattenevano il popolo; i vecchi sedevano su pietre lisce in un cerchio sacro, tenendo in mano gli scettri degli araldi dalle voci sonore: con questi si alzavano e emettevano la sentenza uno alla volta. Nel mezzo c'erano due talenti d'oro, da dare a chi avesse detto migliore giustizia.

In questa descrizione, la *polis* (e il giudice che la rappresenta) non è chiamata alla sola punizione vendicativa, a irrogare necessariamente una pena, ma decide se stabilire un prezzo per la riparazione, un riscatto. *Ransom, not revenge*⁴.

All'origine del pensiero greco sulla giustizia c'è dunque una alternativa tra il riscatto e la riparazione da un lato, e la punizione dall'altro.

² Riprendo la traduzione di H. DIELS-W. KRANZ, *op. ult. cit.*, p. 197. Tra le più famose letture, ma eccentrica al nostro discorso, e a una filologia storicamente collaudata, ricordo quella di M. HEIDEGGER, *Il detto di Anassimandro*, in *Sentieri interrotti* (orig. 1946, in Id., *Holzwege*, Klostermann, 1977, 321 ss.), La Nuova Italia, Firenze, pp. 1968, 299 ss.; e poi quella di SEVERINO, *La parola di Anassimandro*, in *Riv. fil. neo-scolastica*, 1963, 2, p. 147 ss.

³ Cfr. su ciò la *nota su Anassimandro* di R. MONDOLFO, in E. ZELLER, R. MONDOLFO, *La filosofia dei greci nel suo sviluppo storico*, (orig. *Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, G. R. Reisland, Leipzig, 1892 e ss.) parte prima, vol. II, La Nuova Italia, Firenze, 1967, pp. 202-205.

⁴ Per questa lettura v. R. WESTBROOK, *The Trial Scene in the Iliad*, in *Harvard Studies in Classical Philology*, 94, 1992, pp. 53-76.

3. Le Eumenidi di Eschilo: il superamento della vendetta nel *ius dicere*.

Senza sosta, dalle oscurità più profonde dell'irrazionale i delitti di sangue chiamano altro sangue e attraggono il pensiero collettivo verso vendette e catarsi. Il mito delle Erinni risuona senza tempo fino ai nostri giorni per illuminare la forza della vendetta nella storia.

Clitennestra, per amore del suo amante Egisto e per vendicare la soppressione della figlia Ifigenia, offerta dal re Agamennone, suo sposo, come sacrificio votivo agli dèi per avere la vittoria nella guerra di Troia, per mano di Egisto ha ucciso Agamennone, al rientro vittorioso da Troia. Oreste, figlio di Agamennone e Clitennestra, vendica l'assassinio del padre, sgozzando la madre, e così macchiandosi del più grave delitto possibile, quello diretto contro un consanguineo. È quindi perseguitato dalle Erinni, le dee vendicatrici. Sono creature notturne e come cagne da caccia aizzate dall'odore e dalle tracce di sangue che il matricida continua a lasciarsi alle spalle, lo inseguono: per i mali sono nate, mala tenebra abitano ed il Tartaro sottoterra, detestate dagli uomini e dagli Olimpici⁵. L'omicida viene ridotto alla follia, le città a discordia e guerra civile.

Eschilo trasforma le orrende creature del male, che si cibano di sangue e vendetta, in forze benigne ("Eumenidi"), perché dopo che Atena ha deciso l'istituzione di un Tribunale per giudicare Oreste, il verdetto di parità tra i giudici dell'Areopago sarà risolto a favore di Oreste dal voto finale assolutorio di Atena, che presiede il giudizio. È la stessa Atena a persuadere le Erinni che se Oreste, dismessa ogni *hybris* (è la condizione del "perdono"), verrà salvato, non sarà per giustificarlo, ma per interrompere una catena infinita di vendette e di sangue. Ciò eliminerà il rischio che si possa pensare che è stato sconfitto il bisogno di punire: Atena convince le Erinni che non hanno "perso", perché il giudizio è andato in parità e non sono "disonorate"⁶. Così Atena le induce a non trasferire la vendetta su Atene.

Le Erinni non devono temere che la prevenzione generale rimanga sconfitta, o pensare che viva solo del sangue. Perché se punire alimenta sempre la prevenzione generale, assolvere non deve sembrare un "disonore" per l'accusa.

Un concetto inusitato, che mostra da millenni quanti pregiudizi si celino sotto la prevenzione generale, che la nutrono di sé ancora oggi.

Ma l'idea risolutiva è un'altra: si istituiscono i Tribunali affinché la vendetta cessi definitivamente. Da allora soltanto si potrà parlare di giustizia, come categoria razionale e misurabile alternativa alla vendetta⁷, che è la risposta smisurata della giustizia privata⁸.

⁵ ESCHILO, *Eumenidi*, v. 67 s. (trad. it. in Id., *Oresteia*, Feltrinelli, Milano, 2022).

⁶ *Ibidem*, v. pp. 795 ss.

⁷ Cfr. M. NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness. Resentment, Generosity, Justice*, 2016, trad. it. *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 13 ss.; A. JELLAMO, *Il cammino di Dike. Da Omero a Eschilo*, Donzelli, Roma, 2005, p. 121 ss.

⁸ E. WESTERMARCK, *L'essenza della vendetta* (orig. *The Essence of Revenge*, in *Mind*, 1898), in P. DI LUCIA-L. MANCINI (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Ets, Pisa, 2015, p. 15 ss.

Ciò significa che qualsiasi interpretazione della pena giudiziale si potrà dimostrare fedele al programma delle origini di Dike solo evitando di declinarla come “sublimazione della vendetta”.

La pena come sublimazione della vendetta è un modo di esprimere la latenza di un impulso sociale che i Tribunali devono contrastare o contenere.

4. Dalla collera di Dio alla *Teshuvah*, alla croce come pena capitale.

Nell’AT c’è di tutto. La collera di Dio è genocida: sul genere umano (Gen., 6, 9 ss.) come sugli Amaleciti (Deut., 25, 17-19; Es., 17, 8-16; e soprattutto 1 Sam., 15, 2-35). Noi possiamo attribuire questo comportamento oggi criminoso alla cultura ebraica, non certo a un Dio paterno e misericordioso, ma tant’è⁹: è immanente in quei testi e la nostra cultura non riesce a nascondere il *Tatbestand*, il fatto penalmente tipico. C’è poi la retribuzione, che nella legge del taglione ha valore limitativo di una vendetta smisurata (Lev. 24, 19-20), ma rappresenta pur sempre l’essenza di una pena che arriva a uccidere il colpevole (“sangue per sangue”: Gen., 9,6; Lev., 24,17; Es., 21,12; Num., 35,30) sul modello del codice di Hammurabi¹⁰; c’è anche la riparazione per le offese minori o patrimoniali, dove un risarcimento maggiorato estingue il debito (Es., 22,1)¹¹; e infine c’è il perdono, sempre presente se preceduto da pentimento e sottomissione: ma non è una vera prassi socio-giuridica, è una declinazione del rapporto tra il popolo e un Dio di misericordia per chi si vuole riconciliare¹². Dio stesso o è vendicativo o misericordioso, ma non retributivo¹³. Molto più vasta è la giustizia di riconciliazione rispetto a quella punitiva, ma ha soprattutto carattere religioso¹⁴. In ogni caso, la dimensione spirituale del pentimento e del perdono può anche trasformare la retribuzione in un momento di passaggio verso una riconciliazione, non riduttivamente di inflizione legale di una pena meritata, sebbene si tratti di una riconciliazione con Dio prima che con la persona offesa.

⁹ Dal diluvio universale alla distruzione degli Amaleciti e di Gerico, una cultura genocidaria attraversa alcuni libri dell’Antico Testamento: cfr., C. HOFREITER, *Making Sense of Old Testament Genocide: Christian Interpretations of herem Passages*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2018.

¹⁰ Per un ampio raffronto fra il taglione nel codice di Hammurabi e nell’AT, D.P. WRIGHT, *Inventing God’s Law. How the Covenant Code of the Bible used and revised the Laws of Hammurabi*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2009, p. 154 ss.

¹¹ Cfr. M. GREENBERG, *Some Postulates of biblical Criminal Law* (1960), in *Studies in the Bible and Jewish Thought*, Philadelphia: Jewish Publication Society, 33, 1995, p. 25 ss. Sulla riparazione in questi casi, D.P. WRIGHT, *Inventing God’s Law*, cit, p. 43 ss., p. 205 ss.

¹² Sul perdono e la giustizia divina, la *tsedaqah*, tra antico e nuovo Testamento cfr., E. WIESENET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra Cristianesimo e pena* (orig. *Die verratene Versöhnung: zum Verhältnis von Christentum und Strafe*, 1980), Giuffrè, Milano, 1987, pp. 11 ss., 22 ss., 60 ss., 79 ss.

¹³ Che la condotta di Jahvé non sia ispirata alla retribuzione è stato brillantemente sostenuto da K. KOCH, *Gibt es ein Vergeltungsdogma im Alten Testament?*, in *Zeit. f. Theol. und Kirche*, 1955, p. 1 ss. Cfr. J.G. GAMMIE, *The Theology of Retribution in the Book of Deuteronomy*, in *The Cath. Bibl. Quarterly*, 1970, p. 1 ss.

¹⁴ Straordinaria rappresentazione in J. KRAŠOVEC, *Reward, Punishment and Forgiveness, The Thinking and Beliefs of Ancient Israel in the Light of Greek and Modern Views*, Brill, e-book, 1999. V. pure M. NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness* (2016), trad. it. *Rabbia e perdono*, cit., cap. II.

È questo il senso della *Teshuvah*¹⁵: si esige confessione e penitenza. Per chi non si pente resterà il *Dies Irae*¹⁶. L'alternativa tra pentimento e pena è sempre teologica ed eccentrica alla giustizia forense. Nel NT quel Dio, lo stesso dell'AT per i cristiani, si è fatto capro espiatorio e vittima del diritto penale dopo un processo per il crimine di lesa maestà (e blasfemia quanto al diritto ebraico). Dopo questa sconvolgente vicenda nessuna parola viene pronunciata nei testi sacri contro la pena di morte, ma contro il suo uso in quel processo. Fatto per noi soltanto oggi davvero inquietante, perché quel delitto, formalmente, forse era stato commesso, c'era il *Tatbestand*¹⁷: e ciò ancor più coinvolge la giustizia penale, per la strumentalità politica di una fattispecie omicida e indeterminata per essenza¹⁸, di quanto non comporti un errore di giudizio basato su "false testimonianze", o su un vizio di procedura. La tesi dell'errore della giustizia umana e di una "colpa ebraica" ha invece dominato i millenni, foriera di innumerevoli persecuzioni "cristiane", e ha sorretto le coscienze giuridiche adesive alla stessa cultura della pena capitale per i crimini contro lo Stato e in generale.

5. Isidoro di Siviglia e il concetto del taglione.

Nel suo essere male aggiunto, consiste da sempre la componente vendicativa della pena retributiva¹⁹, che non può risultare veramente proporzionata, come vedremo, e quando lo è (come per la pena di morte o per la amputazione degli arti), contiene appunto crudeltà. La scolpi in poche parole Isidoro di Siviglia (560-636) nella sua enciclopedia della cultura dell'alto medioevo: «Il *talio*, ossia il taglione, è una prassi simile alla vendetta per la quale il colpevole subisce *taliter*, ossia similmente a, come operò»²⁰. Sennonché, le numerosissime tipologie di pena elencate da Isidoro, in quel capitolo, non coincidono con il taglione, che era solo una forma di punire, accanto ad altre, non così "simmetriche". La simmetria perfetta per molti secoli riguardò la pena capitale, ma non le sanzioni applicate a tantissimi reati puniti meno gravemente o puniti comunque con la pena di morte, anche se erano fatti (che a noi appaiono) incommensurabilmente meno gravi dell'omicidio.

¹⁵ M. NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness*, cit., p. 97 ss.

¹⁶ Modello più tardo-"medievale" di una Cristianità ancora prigioniera di una giustizia divina sostitutiva della propria, erede della collera veterotestamentaria di Jahvé: cfr. M. NUSSBAUM, *op. ult. cit.*

¹⁷ Cfr. la dettagliatissima ricostruzione "ebraica" di C. COHN, *Der Prozess und Tod Jesu aus jüdischer Sicht*, 1997, trad. it., *Processo e morte di Gesù. Un punto di vista ebraico*, Einaudi, Torino, 2010, pp. 192-233; nonché M. MIGLIETTA, *I.N.R.I. Studi e riflessioni intorno al processo a Gesù*, Satura, Napoli, 2011.

¹⁸ Per tutti, T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899), Akademische Druck- und Verlagsanstalt, Graz, 1955, p. 542 ss.; R.A. BAUMAN, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Witwatersrand, Johannesburg, 1967, repr. 1970; e per la storia moderna della fattispecie M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè, Milano, 1974.

¹⁹ Sul tema O. WENDELL HOLMES JR., *The Common Law*, Little Brown and Company, Boston, 1881, p.p. 2 ss., 34 ss., trad. it. parziale col titolo: *Desiderio di vendetta e forme primitive di responsabilità*, in *La giustizia vendicativa*, cit., p. 35 ss.

²⁰ ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiae o Origines* (636), vol. I, XVII, 24, trad. it. *Etimologie o origini*, vol. I, Utet, Milano, 2014, p. 423.

6. Il *Cur Deus Homo* di Anselmo di Aosta.

Sant'Anselmo d'Aosta scrive nel 1098 un libro illuminante per capire la pena: il *Cur Deus homo* (Perché un Dio uomo)²¹.

Il tema del libro è perché Dio si è fatto uomo. È un testo di teologia. La tesi è che l'uomo (Adamo) peccando contro Dio, ha contratto un debito incommensurabile, dovuto all'immensità della persona offesa, Dio stesso, che il suo peccato ha "disonorato": mai Adamo, semplice creatura, avrebbe potuto "riparare" questa offesa. Senza restituzione del bene tolto non resta che subire la pena. Non solo il peccato doveva essere punito, perché «è necessario che a ogni peccato segua la soddisfazione o il castigo» (I, § 15), ma occorre anche, per compensare quell'offesa con una riparazione o pena corrispondente, che venisse sacrificata una persona altrettanto immensa, cioè il figlio di Dio stesso. La pena di Adamo (la cacciata dal paradiso terrestre) non era dunque sufficiente, non era né una riparazione, né un castigo adeguato. Neppure sarebbe bastato il perdono: se Dio avesse perdonato l'uomo, egli avrebbe avuto lo stesso trattamento spettante a chi non avesse peccato, e ciò sarebbe stato ingiusto (I, § 12). C'è dunque una premessa riparativa che fonda la giustizia punitiva: al ladro non basta infatti neppure restituire quanto fu tolto, perché «il ladro deve restituire di più di quello che ha rubato» (I, § 11).

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

Un'idea che non è più stata confutata.

7. La nascita del Purgatorio.

Nella letteratura penalistico-filosofica antica, Platone propugnò come noto una concezione finalistica della pena, orientata al futuro e alla prevenzione speciale: già nel Gorgia, 476 c-479 c (la pena come bene per l'anima), nel Protagora, 324 b (la pena guarda solo al futuro) e ne Le leggi, 934 a, pur in presenza di aspetti anche retributivi nel complesso del "codice penale" che le Leggi contengono²²; fino all'uso anche (ma non solo) medicinale del carcere a tempo, sempre ne Le leggi²³, dove vengono elaborate tre tipologie di carceri: preventivo-custodiale, rieducativa, generalpreventivo-neutralizzante a vita²⁴.

²¹ ANSELMO DI AOSTA, *Cur Deus homo* (1098), trad. it., *Perché Dio si è fatto uomo*, in Id., *Trattati*, tomo 2, Jaca Book, Milano, 2016, p. 77 ss.

²² T.J. SAUNDERS, *Plato's Penal Code*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 139 ss., 195 ss.; W. KNOCH, *Die Strafbestimmungen in Platon's Nomoi*, O. Harrassowitz, Wiesbaden, 1960, p. 26 ss.

²³ Libri IX-XII (spec. 847b, 855b, 857b, 864 e, 880 a,b,c, 908 a,b, 909 a,b, 932 b,c).

²⁴ W. KNOCH, *Die Strafbestimmungen in Platon's Nomoi*, cit., p. 143 ss.

Tuttavia, nella storia e nella pratica penale, poiché il carcere non era la sanzione principale dell'antichità, non avendo un fine afflittivo e definitivo, sino al Seicento²⁵, la misura della pena secondo scansioni temporali fu centrale nella rappresentazione del Purgatorio, insieme al concetto di proporzionalità della pena, idea che dominò per secoli tra Medioevo ed età moderna²⁶. Ma era una pena ultraterrena che tormentava le anime ancora separate dai corpi. È così che dal carcere canonico afflittivo dei corpi alla pena proporzionata e "a termine" (ma gravante sull'anima più che sulla sola libertà) si originano concezioni che collegano la pena commisurata al tempo insieme con una sua finalità di miglioramento, emenda e penitenza.

La pena del Purgatorio, per es., era finalizzata al progresso dell'anima nel processo di purificazione²⁷. Quella dell'inferno era una retribuzione eterna senza scopo. Ecco che nell'universo dantesco, per esempio, coesistono la pena retributiva che non dialoga più con l'anima, ma infligge solo un male ed è totalmente subita, e quella emendatrice che è necessariamente una pena in qualche misura agita, perché opera sull'anima e la riattiva spiritualmente. La detenzione-sofferenza e la detenzione che redime, gli esclusi e gli inclusi. Per gli esclusi c'è il contrappasso, ma non la proporzione. La proporzione ha una dimensione di equivalenza che guarda a uno scopo e a un fine-pena²⁸. La proporzione nasce non per escludere, ma includere di nuovo, e dunque per limitare la pena in un universo etico che non sia pensato nell'ottica del taglione²⁹. Ma ciò suppone un vero orientamento finalistico della sua esecuzione, e dunque una pena agita.

8. Retribuzione, colpa. La pena subita è "scienza descrittiva".

Non è pacifico che cosa caratterizzi davvero la pena criminale oggi. Molte cose sono cambiate rispetto alla tradizione. Generalmente essa è consistita in una retribuzione (*malum passionis propter malum actionis*)³⁰, in un male inflitto al colpevole in risposta al reato, cioè quale castigo per un male commesso in precedenza.

Se si apre un manuale penalistico di *common law* si resta travolti da questa cultura del biasimo e del castigo³¹. Ma non molto diversa è la situazione nelle culture penali di

²⁵ Rinvio per i necessari ragguagli a M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, in *Crim.*, 2019, pp. 85-110.

²⁶ Rappresentazione bellissima e istruttiva in J. LE GOFF, *La naissance du Purgatoire*, Paris, 1981, trad. it. *La nascita del Purgatorio*, Einaudi, Torino, 1982, pp. 236 ss., 256 ss., 328 ss.

²⁷ J. LE GOFF, *cit.*, trad. it., pp. 387 ss., 394 ss.

²⁸ Cfr. *Ivi*, trad. it., pp. 256-259.

²⁹ Sul rapporto retribuzione/riparazione (*rectius*: emenda) tra l'Inferno e il Purgatorio dantesco, cfr. P. FRARE, *La giustizia della "Commedia"*, in G. Forti-C. Mazzucato-A. Visconti (a cura di), *Giustizia e letteratura*, vol. III, Vita e Pensiero, Milano, 2016, pp. 172 ss. 180 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Giustizia retributiva e giustizia riparativa nella "Commedia" dantesca: una rilettura dei concetti di colpa, pena e beatitudine*, *ivi*, pp. 201 ss., 211 ss.

³⁰ Una recente rilettura critica in chiave limitatrice dell'idea retributiva in SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018. Cfr., in generale la ricostruzione di CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990, e in prospettiva storica il più risalente COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, F.lli Bocca, Torino, 1928.

³¹ Richiami in M. DONINI, *An impossible Exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità*,

lingua tedesca del '900. *Blame, Vorwurf*, è tutto un rimprovero che esige *retribution, Vergeltung*, per una colpa, *Fault, Schuld*. Un rimprovero che investe ovviamente il "fatto" commesso, ma sul piano sociale si trasferisce dal "fatto" anche all' "autore". La sfera della persona, anche se oggi la moralità è pensata a prescindere dall'esistenza di un'anima, è così coinvolta nella sua intimità. Non è un incontro di tipo esteriore quello col giudizio penale, salvo che per i reati contravvenzionali-formali-bagatellari. Un incontro che in caso di condanna è diretto verso, ma anche contro, una persona. La pena comporta almeno una perdita di diritti, avendo il responsabile nella visione ancora corrente contratto un debito, una "colpa", con la vittima o con lo Stato. La pena retribuisce la colpa, saldando il debito.

Questo non è un suo "fine", si noti bene. È una sua "funzione".

Lo Stato non impone, non può imporre una rieducazione o una risocializzazione, una emenda, un pentimento, né una riparazione dell'offesa come prestazione attiva. Di fronte alla libertà del responsabile di rifiutare queste prospettive, non rimane che un "prezzo" da pagare: anzi, da subire. La pena tradizionale è una pena subita: la scienza penale la descrive così.

9. Castigare non ha uno scopo: è già lo scopo. I genealogisti della morale di Nietzsche.

Dato che questa dimensione minima non può essere cancellata, in quanto tutto il di più che si può attendere o sperare è una eventualità, un progetto, si può dire che la pena, se non nella sua essenza, in ogni caso nel suo concetto basilico, è un prezzo che si paga per il delitto.

Si ricordano le osservazioni di Nietzsche:

«Questi nostri genealogisti della morale hanno mai sia pur lontanamente pensato che, per esempio, quel concetto fondamentale di "colpa" [*Schuld*, in tedesco. Ndr] ha la sua origine nel concetto molto materiale di "debito" [sempre *Schuld*, in tedesco. Ndr]? O che la pena come rivalsa si è sviluppata prescindendo assolutamente da ogni presupposto sulla libertà e non libertà del volere? [...] Da dove ha derivato la sua forza questa antichissima idea, dalle radici profondissime che forse oggi non è più possibile estirpare, l'idea di un'equivalenza di danno e dolore? Io l'ho già svelato: nel rapporto contrattuale tra creditore e debitore, che è tanto antico quanto lo sono anche i "soggetti di diritto", e rimanda ancora una volta, da parte sua, alle forme fondamentali di compera, vendita, baratto e commercio [...] Per tutto il più lungo periodo della storia umana, non si è usata la pena, perché si considerasse responsabile della sua azione colui che aveva fatto il male, cioè non secondo il presupposto che si debba punire solo il colpevole – ma invece, si puniva, come ancora oggi i genitori puniscono i figli, e cioè sotto l'impulso della collera per un danno subito, la quale si sfoga sull'autore del danno – collera, questa, controllata e modificata dall'idea che ogni danno abbia, in qualche cosa, il suo equivalente e che possa essere indennizzato, sia pure con il dolore di chi lo ha prodotto³²».

morale e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 24-35. Per una confutazione delle basi di razionalità del retribuzionismo, a confronto con la letteratura penalistica statunitense dove ancora è diffusissimo, M. NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness*, cit., p. 261 ss.

³² F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* (1887), trad. it. *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, trad. it., Adelphi, Milano, 1989, p. 51 ss.

Tuttavia, la pena tradizionale non è un prezzo puramente risarcitorio o compensativo³³.

Essa contiene un *quid pluris*, perché il diritto penale non ripara nulla, ma castiga. È dunque scopo a sé stesso, in una dimensione quanto meno espressivo-sociologica³⁴.

10. Il necessario eccesso della pena rispetto alla riparazione dell'offesa e del danno. La "parte che è del Principe" secondo Foucault.

Non solo. Nella pena c'è sempre un "eccesso" sanzionatorio rispetto al danno risarcibile. Lo aveva espresso assai bene Foucault: «Il castigo non può dunque identificarsi [nella] e neppure commisurarsi alla riparazione del danno; nella punizione deve sempre aversi almeno una parte che è del principe»³⁵. È il suo *overkill*³⁶ di prevenzione generale, la parte del Principe: una disuguaglianza politica intrinseca al concetto di pena, una sorta di sua tradizionale essenza politica. L'eccesso di prevenzione generale proprio della pena criminale rispetto alla sanzione civile è il tema permanente della agognata "equivalenza di valore". Non c'è in questo eccesso un chiaro o conclusivo giudizio economico, anche perché nessuno sa misurare la prevenzione generale, e tutto ciò che supera una equivalenza di danno – la differenza tra danno (civile) e offesa (penale) – costituisce il vero "nucleo" del tema politico e filosofico che l'Ottocento penalistico ha scandagliato, non solo in Kant e Hegel, ma poi in Bentham, in Bovio, in Nietzsche, via via sino a von Liszt³⁷.

³³ In termini, D. PULITANÒ, *Diritto penale, Parte Generale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 7: «sanzione di contenuto afflittivo non risarcitorio»; e già con chiarezza e ampia motivazione ART. ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Rivista penale*, XLIII (1917), 85, p. 329 ss., poi in *Opere giuridiche*, v. III, Ed. del Foro it., Roma, 1933, pp. 435 ss., 449 ss.

³⁴ Per alcuni esempi contemporanei di questo tipo di logica retributiva a fondamento socio-espressivo, di cui parlava già J. FEINBERG, *The expressive Function of Punishment*, in *The Monist*, 1965, Vol. 49, p. 397 ss., cfr. per tutti P. H. ROBINSON, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, Oxford University Press, 2013, pp. 141 ss., 189 ss., 208 ss.; T. WALTER, *Vergeltung als Selbstzweck*, in *Zis*, 2011, p. 636 ss.; T.R. ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck*, Mohr, Tübingen, 2017, pp. 7 ss., 35 ss., 237 ss.; e la ricostruzione di T. HÖRNLE, *Straftheorien*², Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 27 ss., 31 ss.

³⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1993, p. 52.

³⁶ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda*, in *ZIS*, 10, 2016, p. 654 ss.

³⁷ Cfr., M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in AA.VV., *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, ESI, Napoli, 2012, p. 49 ss. e quanto osservato in M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come un raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1175 ss., e nota 22.

11. *Lex minus quam perfecta*. L'essenza concettuale della pena che non ripara.

Ritorniamo ai giuristi. Ulpiano (170 circa-228 d.C.), uno dei più grandi giureconsulti romani, all'inizio delle *Regulae* (I,1-2) definisce "perfetta" la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; "imperfetta" la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto ad essa contrario; "meno che perfetta" la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito.

Adottando questa classificazione è ovvio che il diritto penale appartiene al novero delle leggi meno che perfette, perché scopo o interesse principale dello Stato non è che alla fine del suo intervento risulti necessariamente un saldo positivo, un risarcimento, una riparazione, come accade per esempio in diritto civile e in parte in quello amministrativo: questa eventualità promossa e sperata non elimina il raddoppio o comunque un aumento del male che è l'unica conseguenza certa dell'intervento penale, posto che nessuno può sapere – e semmai si può spesso ipotizzare il contrario – se la pena avrà effetti di emenda, rieducazione o risocializzazione, e tanto meno se servirà a riparare l'offesa o il danno cagionati.

La "logica" classica era: chi ha commesso un male che è reato, subirà una pena proporzionata a quel male e dunque esso 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, n. 6 c.p.), mentre nelle contravvenzioni c'era la "vecchia" oblazione (art. 162 e 162-bis c.p., oltre alle forme speciali, prima delle oblazioni speciali riparative, almeno in settori qualificanti: lavoro, ambiente e ora alimenti: v. infra); 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. La presenza della vittima, in questa logica retributiva, è del tutto eventuale, perché la vittima va neutralizzata nel suo bisogno di vendetta (ciò è vero, resta vero anche per noi), 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, modellata "teoricamente" sul suo corpo, la sola entità "coercibile" senza ledere in modo estremo i diritti umani.

Tutto ciò che di bene può derivare dalla pena è solo eventuale: siano la rieducazione, la risocializzazione, l'emenda, il pentimento, il perdono, la riconciliazione, la riparazione e il risarcimento³⁸.

Vero questo, l'essenza della pena, ciò che appartiene come necessario al suo concetto, è dunque la simmetria di un raddoppio del male³⁹.

³⁸ In termini B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2007, p. 45.

³⁹ Ciò riguarda si capisce il piano descrittivo, non quello prescrittivo di un dover essere critico-ideale o

Questa è a mio avviso una proposizione di verità scientifica sul diritto penale quale è (stato finora).

“Essenza” significa qui, per riprendere il lessico aristotelico di sostanza-accidente, la nozione invariante nel contenuto di una realtà, cosa o verità, una sua denotazione, mentre è “accidente” ciò che può connotare, oppure no, in modo variabile e non necessario, quella realtà.

12. Il rifiuto morale e utilitaristico della pena simmetrica come raddoppio del male

Anche se quanto ora definito è stato ritenuto naturale per millenni, e ci restituisce una “verità effettuale”, esso contiene una perversione morale inaccettabile. Non sopportiamo più di entrare in un’aula di giustizia, di scrivere un motivo di appello o di Cassazione, di esporre una arringa difensiva, o anche una requisitoria (vale dunque altrettanto per i pubblici ministeri), pensando che chi giudicherà l’imputato è orientato al raddoppio del male.

Questa concezione, che è anche una prassi e non solo un’idea, è alla base delle letture tradizionali della retribuzione, e anziché essere espressione di una idea di giustizia, ci sembra oggi immorale⁴⁰.

Ma ancor più ci sembra socialmente dannosa.

Essa infatti non solo non ripara nulla, ma se ne infischia delle conseguenze dell’illecito, si disinteressa totalmente della persona offesa, della riparazione del danno e dell’offesa, per guardare solo all’autore come capro espiatorio su cui concentrare una violenza collettiva che si limita ad aumentare il tasso di dolore esistente nella società, sublimato in una soddisfazione giustiziera istituzionalizzata, perché neppure risocializzazione e rieducazione sono necessarie, ma solo sperabili ed eventuali in questa logica.

Il magistrato penale viene così pre-selezionato, da tali logiche, in senso retribuzionista: che ritenga o meno di esserlo, non importa.

13. La messa in crisi del valore commisurativo della retribuzione “calcolata a tempo”.

Alla fine del Settecento, Kant tenta senza speranza di giustificare la pena giusta con la legge del taglione, trovando il solo esempio della pena di morte. Egli peraltro non ha la forza critica (la “parresia”) di dire che la pena di morte non era applicata affatto solo agli omicidi, ma a tantissimi reati diversi e anche minori dove la sua sproporzione

costituzionale.

⁴⁰ Cfr. G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale e del nuovo fondamento etico* [1872], Ernesto Anfossi, Napoli, 1883, pp. 40 ss., 58 ss. V. *amplius* M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1162 ss.; ID., *Il raddoppio del male*, in *Una città*, 2014, 212, consultabile in *unacitta.it*. Una sintetica illustrazione del pensiero di Bovio in M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1716 ss.

dimostrava quanto fosse la pena più problematica, nella prassi, rispetto a un ideale anche solo teorico di eguaglianza retributiva.

La sua sproporzione risultava manifesta. Tuttavia, la stessa idea retributiva non può restituire e presentare la razionalità commisurativa di un semplice risarcimento dei danni, che è del tutto matematico, basato su una unità di misura economica convenzionale ma molto logica, e indipendente da giudizi di valore, o da tentativi impossibili di misurare scientificamente (*sic*) la colpevolezza o la pericolosità delle persone⁴¹.

Il valore della retribuzione come base di calcolo della pena è poi messo in crisi, già da Hegel, da Bentham, da von Liszt e tanti altri⁴².

Si ammette pacificamente che nessuno è in grado di stabilire perché un reato meriti una certa durata di libertà perduta o di dolore inflitto, eppure, dopo la fine delle pene corporali dell'età antica, medievale e moderna, dopo l'illuminismo, ormai la pena dello Stato, e non solo quella canonica, è una pena di durata, misurata a tempo.

Retribuzione e colpevolezza (una endiadi) sono dunque misurate a tempo da quando la pena per antonomasia è privativa della libertà. È un compito impossibile, perché le variabili individuali della libertà (i beni offesi, i diversi soggetti, le condizioni sociali e personali di partenza e di arrivo, l'impossibilità di scendere nella psiche e capire le cause della condotta etc.) rendono disuguale ogni pena del carcere⁴³.

L'idea poi di fondare il contenuto vero della pena misurandola sulla colpevolezza della persona riporta la sua prassi nelle nebbie dell'incertezza. Che cosa sia e come si misuri la colpevolezza non è oggetto di prova processuale, se non in via eventuale. Sono infatti oggetto necessario di prova solo il fatto oggettivo, il dolo e la colpa, oppure le scusanti, non la colpevolezza-rimprovero.

14. La "materia penale" e il suo listino prezzi.

Se ora ci chiediamo, lungo un viaggio nel tempo che da Anassimandro ci conduce alle attuali concezioni, che cosa è sostanzialmente penale, non possiamo che ricordare un tratto ritenuto essenziale dalla Cgue e dalla Corte Edu costituito dalla afflittività della sanzione, intesa appunto come un *quid pluris* rispetto alla dimensione puramente restitutoria-riparatoria-risarcitoria (*infra*, § 15).

Contro l'idea che la pena sia soltanto un "prezzo", e dunque che il diritto penale sia un "*pricing*" (un semplice inconveniente sanzionatorio da mettere in conto per commettere un delitto), anziché un "*prohibiting*" (un imperativo categorico, assoluto,

⁴¹ Sul fatto che la colpevolezza (come rimprovero o rimproverabilità) non è oggetto dell'imputazione processuale e che la sua misura costituisca un falso epistemico della penologia del Novecento, si consenta il rinvio a M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016, p. 698 ss.; ID., *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche*, cit., pp. 1739 ss., 1741 ss.

⁴² Cfr. M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche*, cit., p. 1713 ss.

⁴³ *Amplius* M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi "moderne"*, cit., p. 107 ss.

vietato senza altri scopi) si sollevano concezioni retributive della pena più evolute, che confinano con la prevenzione generale positiva. Già Hegel ammoniva contro le concezioni del codice penale come un “listino prezzi”⁴⁴.

Probabilmente l’individuazione nella pena di un vero “valore spirituale”, cioè di uno strumento di restaurazione del diritto nella coscienza del responsabile di un illecito (addirittura un momento di restaurazione della “libertà”), anche se anticipata nelle opere di Platone (soprattutto nelle Leggi), trova la sua espressione più pregnante nelle pagine di Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831): una idea insieme nobile (lo Stato educatore) e pericolosa (lo Stato etico). La sua teoria della pena è di solito inquadrata fra le teorie della retribuzione giuridica – perché Hegel sostiene, fra le tante cose che dice al riguardo, che al fine di restaurare il diritto che il delitto diminuisce o lede nella società con l’infrazione, occorre negare il delitto attraverso la pena⁴⁵: questa negazione o risposta giuridica, lo compensa e retribuisce in senso normativo – ma in realtà è una forma di prevenzione generale positiva⁴⁶.

Infatti, per Hegel la pena non deve essere concepita come un meccanismo solo coercitivo di tipo estrinseco (era così in Feuerbach e per gli utilitaristi), né come vendetta mascherata; essa deve rispettare il colpevole nella sua libertà: solo così la pena mantiene un valore etico che può riflettersi nella coscienza del condannato⁴⁷, il quale ha addirittura un “diritto” a essere trattato nel rispetto di questa sua libertà interiore.

In ogni caso la sua prospettiva esce da una logica meramente reattiva: solo la collaborazione del condannato può rendere possibile questa diversa declinazione

⁴⁴ G.W.F. HEGEL, *Le maniere scientifiche di trattare il diritto naturale* (trad. it. di *Über die neuzeitlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, 1802-1803), a cura di C. SABBATINI, Bompiani, Milano, 2016, p. 318 s., § 168.

⁴⁵ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (trad. it. di *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1821]), Laterza, Roma, (1913), 1979, § 97. Questa formuletta che non spiega molto (negare la violazione restaurando la regola è come dire sanzionare le violazioni al diritto: ciò che fanno il diritto civile, quello amministrativo, quello disciplinare, come anche il “codice” di Cosa nostra); è apparsa però facile da memorizzare.

⁴⁶ Invero la teoria di Hegel non pare identica con la attuale prevenzione generale positiva (che non è del resto una nozione unitaria: cfr. B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., pp. 261 ss., 359 ss., 453 ss., 515 ss.): così, peraltro, G. MOHR, *Unrecht und Strafe*, §§ 82-104, 214, pp. 218-220, in L. SIEP (Hrsg.), HEGEL, *Grundlinien des Philosophie des Rechts*³, Akademie Verlag, Berlin, 1997, p. 105 ss.; ma presenta con essa vari punti di contatto: cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, II ed., de Gruyter, Berlin, 1993, § 1/21; ID., *Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Strafrechte Hegels*, in *Fest. Androulakis*, Sakkoulas Verlag, Athen, 2003, pp. 251 ss., 263. V. anche M. KUBICIEL-M. PAWLICK-K. SEELMANN (Hrsg.), *Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. Bis 20. Jahrhundert*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, e qui i contributi di M. PAWLICK, *Rückkehr zu Hegel in der neueren Verbrechenslehre?*, ivi, p. 247 ss. e D. DEMKO, *Hegelsstraftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Strafrechten*, ivi, p. 277 ss.; J.-C. MERLE, *Was ist Hegels Strafrechte?* in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2003, 11, p. 145 ss.; A. WOOD, *Hegel’s Ethical Thought*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1990, p. 108 ss.; I. PRIMORATZ, *Banquo’s Geist: Hegels Theorie der Strafe* (1986), rist. F. Mainer Verlag, Hamburg, 2016, p. 83 ss.; S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 131 ss., spec. 154 ss. V. pure W. WOHLERS/F.H.WENT, *Die Bedeutung der Strafrechte Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion*, in A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (Hrsg.), *Strafe - warum? Gegenwärtige strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechte*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 173 ss., 182 ss.

⁴⁷ K. ROSENKRANZ, *Hegels Leben* (1844), trad. it. *Vita di Hegel*, Bompiani, Milano, 2012, p. 431.

“coscienziale” della pena, non una pena subìta. Hegel non lo dice, ma occorre una “pena agìta”.

15. La pena agita.

Perché tradizionalmente lo Stato non ha pensato affatto alla riparazione come al primo problema da risolvere in favore di una vittima, neppure 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 agìta dal soggetto.

È tutto un segno “meno” in questo non-progetto tradizionale, se lo dovessimo definire aritmeticamente, in realtà compatibile anche con le concezioni educativo-culturali presenti nella prevenzione generale-positiva e nelle più recenti teorie “espressive” della pena⁴⁸. Esso, più che un vero progetto, resta una reazione: *malum passionis propter malum actionis*⁴⁹.

Per concepire la riparazione come una modalità o una forma di pena, occorrerebbe pensare che la pena può non essere soltanto subìta⁵⁰. Si può trattare, invece, di una pena agìta, cioè di una sanzione che rimane sì negativa, privativa o limitativa di diritti, ma che al contempo implica un comportamento attivo del soggetto per la specificità della sua esecuzione, e non un mero processo di interiorizzazione di precetti e valori indotti.

Una volta che si sia sviluppato un sistema dove sia maggiore e largo lo spazio per gli istituti di giustizia riparativa, e per le condotte riparatorie in senso lato (che non sono sinonimi: v. *infra*, § 19), per la pena agìta e non subìta, anche la definizione di Ulpiano potrà adattarsi meno al diritto penale. Si tratta, peraltro, di un programma orientato a un modello costituzionale di rieducazione possibile vedendo nella pena un progetto diverso dalla mera soggezione a una sofferenza imposta o dalla risposta

⁴⁸ Il discorso non aderisce alle versioni “emozionali” della pena espressiva e reintegratrice nei valori, per il suo impatto generalpreventivo di orientamento culturale. Prevenzione generale positiva e teorie espressive della pena (v. nota 34 *supra*) convergono nell’abbellimento del meccanismo punitivo, conciliabile con ogni prassi penale, pre-costituzionale o post-costituzionale, retributiva classica, liberale o post-riparatoria. In realtà, una prevenzione positiva finalizzata ad esprimere emotivamente i valori a livello collettivo o anche individuale e personalizzato (orientate alle norme, agli autori, alle vittime alla società), è conciliabile anche con la *restorative justice* che miri alla reintegrazione nei valori del precetto: ma si tratta in questo caso di visioni *espressive* di un disvalore che mira a riconfermare la vittima nella identità e appartenenza sociale. V. ancora T. HÖRNLE, *Straftheorien*, cit., p. 36 ss.

⁴⁹ V. di recente sul tema, con vaste aperture al discorso riparatore e riconciliativo e alla regressione della simmetria punitiva, J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit.

⁵⁰ Rinvio per una trattazione più completa allo studio M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Quest. giust.*, 29 ottobre 2020 (on-line).

“emotiva” al rimprovero sociale che esprime il disvalore del fatto⁵¹. Questo nuovo progetto, tuttavia, dipende da chi ha commesso il reato: non può essere coercitivo. E se non viene accolto, non rimane che la più tradizionale pena subita, ma è dovere dello Stato offrire il programma migliore come prima scelta progettuale anche nella costruzione delle pene principali⁵², oltre che in fase esecutiva.

16. La problematica ricezione della simmetria della pena “eccedente” il danno da parte della CGUE.

Come ricorda anche di recente la CGUE, ricapitolando i c.d. criteri Engel⁵³ e Öztürk⁵⁴ della Corte Edu, per la valutazione della natura penale di procedimenti e di sanzioni sono rilevanti tre parametri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell’illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l’interessato rischia di incorrere⁵⁵.

Secondo la Corte Edu e la CGUE la sanzione penale deve avere un contenuto “afflittivo” o “punitivo”. Cioè contenere un “male aggiunto”, al di là del fatto che ci sia prevenzione, riparazione, neutralizzazione. Essa deve superare la quantificazione del danno o del vantaggio dell’illecito commesso (da ultimo anche Corte cost. 10 maggio 2022, n. 149). Se la qualifica, dunque, come pena l’essere necessariamente duplicante un male e subita, la parte non subita non sarà più pena? La riparazione dell’offesa e il risarcimento del danno volontari, e che implicino “giustamente” una significativa riduzione della risposta sanzionatoria “penale” in senso stretto, non sono dunque “pena” solo perché sono agiti e non parimenti afflittivi? Ma se riducono la pena ne sono

⁵¹ Sul carattere progettuale della pena cfr. L. EUSEBI, ‘Gestire’ il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena ‘ritorsione’, in *Studi Dolcini*, vol. I, Giuffrè, Milano, pp. 223 ss., 235; ID., *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2021, p. 835 ss.; ID., [Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale](#), in *discrimen.it*, 31 marzo 2021.

⁵² L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *discrimen.it*, 31 marzo 2021.

⁵³ All’origine C. Edu 8 giugno 1976, Engel e a. c. Paesi Bassi. Oltre ai principali Commentari alla Cedu sull’art. 7 della Convenzione, per tutti in chiave diacronica E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 37 ss.; Fr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017, cap. 5.

⁵⁴ C. Edu, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss., con nota di C.E. PALIERO.

⁵⁵ Anche le sentenze europee in tema di *ne bis in idem* sostanziale in prospettiva europea (cfr. l’art. 50 della CDFUE, Carta di Nizza e l’art. 4 del Protocollo n. 7 della Cedu) riflettono i medesimi presupposti argomentativi: nei tempi più recenti da Corte Edu, Grande Camera, 1 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, e sul versante della CGUE dieci anni di sentenze da 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, punto 37, e 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, punto 35, e del 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate S.A., Ricucci e a. Consob, C-537/16, punto 28; 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, punto 26; sino da ultimo a CGUE, Grande Sezione, 22 marzo 2022, bPost, C-117/20, §§ 33-35 e Nordzucker, C-151/20, §§ 38-40. Cfr. M. CAPPAL, G. COLANGELO, [La Grande Sezione della Corte di Giustizia elabora \(finalmente\) un test unico per il ne bis in idem](#), in [www.giustiziainsieme.it](#), 13 aprile 2022; L. BIN, [Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 3, p. 121 ss.

parte costitutiva. Se l'offesa si può riparare, la risposta cambia: la riparazione, infatti, è "contenuta" nel *quantum* di pena retributivo-proporzionalistica, perché ne consuma una parte importante, quando c'è stata. È confermato, perciò, che il nesso fra riparazione e pena è costitutivo della stessa proporzione.

17. La base epistemica di una diversa razionalità della pena.

Il risarcimento del danno condivide con la sanzione civile la sua scientifica determinatezza. Equivalente economico più rivalutazione e interessi⁵⁶. Solo in caso di "danni punitivi" questa matematica certezza sarà sconvolta, 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", 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.

Come sostenuto in altre occasioni, per recuperare una razionalità commisurativa di base alla pena il fondamento deve essere quello del bene giuridico, della riparazione dell'offesa, oltre che del risarcimento del danno.

È questa una vera base epistemica alternativa alla "colpevolezza passatista" misurata a tempo di reclusione.

Il danno fatto alla nazione del § 7 di *Dei delitti e delle pene* quale "misura unica dei delitti", secondo Beccaria, esprimeva un pensiero troppo radicale, certo, perché nei delitti si guarda anche alla volontà, e non solo all'esito. Tuttavia, Beccaria intendeva delegittimare o ridimensionare le dosimetrie soggettive perché sono prive di controllabilità critica e non hanno una base scientifica.

Il danno fatto alla nazione, invece, impone di rivalutare il peso commisurativo dello stesso bene giuridico protetto, che è la base di ogni logica riparativa: non esiste "moralmente" una riconciliazione con la vittima, socialmente rilevante, che non debba considerare il bene offeso. Le componenti soggettive, scarsamente misurabili, devono perciò essere ripensate in una valenza non centrale di colpevolezza come "fondamento" della misura della pena – ma subordinata, per rendere il più possibile controllabile razionalmente il suo dosaggio. Il dolo e la colpa quali componenti fattuali, modali, di "azione", come modi di agire, forme di illecito impersonale, entrano in una dosimetria aggravante del tipo legale: è (di regola) più grave "farlo apposta". Invece, le componenti personalistiche e motivazionali, i precedenti, la capacità a delinquere, svolgeranno un ruolo solo specialpreventivo-commisurativo o di scelta del tipo di sanzione (*an*), e le ipotesi di recidiva si dovranno riformulare in chiave infraedittale. La colpevolezza resta così un limite in termini commisurativi ("non oltre la colpevolezza"), e un fondamento

⁵⁶ Dolo e colpa non incidono sul risarcimento, almeno a parità di danni prevedibili. Cfr. gli artt. 2056, 1223, 1225 c.c.

solo in termini di imputazione del fatto-reato a dolo o colpa, che implicano una “cornice di colpevolezza” distintamente prevista per i fatti dolosi e colposi.

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 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 (con 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”).

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.

18. La realizzazione in fieri dell’idea riparativa e della pena agita.

Ormai è un lungo elenco quello delle ipotesi speciali di condotte riparative che il sistema promuove in settori importanti⁵⁷. La riforma Cartabia le amplia: le oblazioni “speciali” giuslavoristiche, poi ambientali, sono ora estese (l. 27 settembre 2021, n. 134 e ora d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, art. 70) alle contravvenzioni in materia alimentare, la messa alla prova per reati punibili fino a quattro anni di reclusione ora si allarga a quelli puniti fino a sei anni di reclusione nelle ipotesi (elencate nell’art. 550, co. 2, c.p.p.) previste dalla riforma (d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134. A ciò si aggiunga una vera “pena agita”, benché non riparatoria in senso proprio, trattandosi di condotta attiva lavorativa irrogata dal giudice con la sentenza di condanna come “pena sostitutiva” della pena detentiva, vale a dire il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, ora disciplinato dagli artt. 22-bis c.p., 56 l. 689/1981, per come novellati dall’art. 71, co. 1, lett. d) d. lgs. 150 /2022. Esso presuppone il consenso della persona, proprio perché è pena, ma è anche agita. È un riconoscimento formale e lessicale del concetto di pena agita.

Il movimento premiale e che già realizzava una decodificazione del “modello” degli artt. 62, n. 6 e 56, co. 3 c.p. per i delitti, avanza e diventa sempre più parte generale.

Il dato si fa ora davvero ancor più visibile con la disciplina processuale della giustizia riparativa di tipo interpersonale, cioè con la mediazione penale eretta a modello (il termine giustizia riparativa compare 167 volte nel d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150: una categoria martellante anche se, nel dibattito, ora come prima, se la persona offesa

⁵⁷ Un elenco, via via da aggiornare per accrescimento, in 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, p. 919 ss.; ID., *Pena agita e pena subita*, cit., p. 16 s.

non si costituisce come parte civile-danneggiato o testimone, non ha ruolo, né rappresentanza processuale, mentre li ha soprattutto nel corso delle indagini).

È evidente che se lo Stato promuove davvero un programma riparativo, la dimensione generale e culturale di questa idea, nel suo complesso, può cambiare il sistema.

19. La riparazione come programma dello Stato: riparazione prestazionale e interpersonale.

In uno studio di qualche anno fa ho proposto di pensare il delitto riparato come figura di parte generale, ma ancor meglio come un titolo autonomo di reato. Mi riferivo a una riparazione “classica” dell’offesa in senso tecnico⁵⁸, non alla *restorative justice* interpersonale, quella della mediazione, che non implica necessarie “prestazioni” definite, essendo più un percorso riconciliativo tra autore e vittima⁵⁹. La r.j., peraltro, può approdare in concreto a esiti di riparazione in senso stretto e non solo di riconciliazione, e resta dunque inclusa nel progetto qui prefigurato.

Oggi, inoltre, lo Stato ha assunto a programma “di parte generale” proprio questo secondo cammino, per la massiccia regolamentazione della giustizia riparativa interpersonale-mediativa (l. 134/2021 e d. lgs. 150/2022), alla quale ha legato una nuova ipotesi di attenuante ad effetto comune, inserita nell’art. 62, n. 6 c.p.:

Art. 1, co. 2, lett. b): «b) all’articolo 62, primo comma, numero 6), dopo le parole: “le conseguenze dannose o pericolose del reato” sono aggiunte le seguenti: “, o l’aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo. Qualora l’esito riparativo comporti l’assunzione da parte dell’imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati”».

Un percorso che non prevede nessun definito e obbligatorio esito di riparazione dell’offesa o risarcimento del danno, a differenza delle numerose ipotesi classiche di riparazione dell’offesa in senso stretto.

Al delitto tentato si affiancano dunque diverse ipotesi di delitto riparato, anche se sono costruite sul modello delle circostanze del reato. Sul piano pratico l’entità sanzionatoria può essere identica, peraltro.

Nella responsabilità degli enti “da reato”, come noto, in caso di riparazione dell’offesa si riduce la sanzione pecuniaria fino a due terzi (art. 12, co. 2 e 3, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231).

Il progetto di riforma dei reati fallimentari elaborato dalla Commissione Bricchetti⁶⁰ accoglie una identica misura di attenuazione, fino a due terzi, in forma

⁵⁸ M. DONINI, [Il delitto riparato](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, pp. 236-250.

⁵⁹ Per la distinzione tra queste due forme di riparazione v. M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 6, pp. 2027-2042.

⁶⁰ Consultabile ora, insieme (in calce) alla relazione introduttiva, sul sito del Ministero della Giustizia.

circostanziale, per la bancarotta riparata che avvenga prima del giudizio di primo grado (laddove la riparazione parziale è comunque valutata come attenuante ad effetto speciale, con riduzione fino alla metà)⁶¹.

Il delitto riparato coinvolge il rapporto con l'offesa, e dunque con il titolare del bene giuridico protetto, e muove da questa idea: la neutralizzazione dell'offesa *post factum* non è più meritevole di pena di un tentativo di delitto, che invece riguarda il disegno delittuoso fallito per cause "involontarie", purché sia una "prestazione" effettiva e importante della persona chiamata a rispondere del reato.

L'aspetto politico-criminale davvero nuovo è che lo Stato offre al responsabile un progetto, un programma diversi fin dall'origine, e questo è ciò che induce a postulare l'idea di un titolo autonomo, perché il postfatto aggiunge al fatto una nuova tipicità: "fatto + postfatto".

Fin da principio non ci sono solo le Erinni, ma anche le Eumenidi, in *facultate solutionis*. Ma non deve essere una passeggiata, un *discount* sanzionatorio.

Lo Stato offre così anche alla vittima il suo impegno per la soluzione del conflitto sorto dal reato e per restituzioni, riparazioni e risarcimenti. Vale a dire che esiste la tipicità del fatto, che non si cancella, è vero, ma c'è una nuova situazione che le si aggiunge, la quale dà titolo per costruirla autonomamente, non come un'eventualità che abbandona la vittima all'onere di costituirsi parte civile, come se la riparazione avvenisse già con la pena (ciò che non è) e il danno riguardasse vicende private (ciò che è vero solo in parte).

È compito solidaristico dello Stato (art. 2 Cost.), infatti, riparare le offese attraverso la collaborazione delle persone coinvolte nel fatto-reato, inserendo autore e vittima in una dialettica triadica di garantismo penale⁶².

Ciò assicura un'identità diversa al magistrato, al pubblico ministero oltre che al giudice, che assume un ruolo sicuramente meno odioso, e più positivo ma non buonista, perché si esige una prestazione o, consensualmente, una riconciliazione.

La riparazione, se non è pena (la mediazione non la è), ha comunque valenza sanzionatoria ("scomputa" una parte della pena edittale) e sottrae di regola un *quantum* alla pena classica: ne modifica alla base il calcolo. La pena non è più l'insondabile misura di una colpevolezza soggettiva. È invece, in primo luogo, il recupero del danno fatto alla nazione, per usare le parole di Cesare Beccaria, per restituirlo alla vittima se c'è, o per restituire alla società una sorta di riscatto, come nello scudo di Achille⁶³.

⁶¹ Cfr. gli art. 324-bis. *Condotte riparatorie esimenti*, e 324-quater. *Circostanze aggravanti e attenuanti*, del progettato articolato della riforma dei reati in materia di crisi d'impresa.

⁶² Su questo profilo del tutto innovatore del garantismo contemporaneo rispetto a quello tradizionale dualistico (Stato-cittadino imputato) cfr. M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Crim.*, 2019, p. 413 ss. (§ 9). Il modello del delitto riparato, peraltro, non coincide affatto con il vittimocentrismo. Riparazione e paradigma vittimario sono due prospettive diverse e spesso opposte.

⁶³ La condotta successiva (riparatoria) può ridisegnare *la base del calcolo*: se l'offesa è riparata, per applicare il *quid pluris* punitivo che in vari casi non è possibile eludere o cancellare (ma esistono già ora tante ipotesi specifiche di *non punibilità* connesse alla riparazione), si parte da una sanzione afflittiva possibile alla quale è già sottratta la 'pena' della riparazione, perché il post-fatto ha mutato la valutazione del fatto. Oppure la riparazione dopo la condanna servirà comunque a diminuire la pena residua o a trasformarla. E questa base

20. Quattro critiche all'idea riparativa. Replica.

L'idea riparativa può essere una soluzione a vari problemi classici della pena, ma essa è tale solo se viene intesa come riparazione prestazionale e non meramente interpersonale o *restorative justice*, e altresì se riconduce l'orizzonte punitivo alla dimensione della pena agita.

Chi si pone in chiave critica rispetto a queste prospettive dovrebbe offrire una alternativa al fallimento penale in atto: l'idea riparativa può anche costituire l'ennesima illusione penologica, ma deve essere sperimentata, anziché avversata per timorose preoccupazioni di proteggere un sistema che ci lascia in eredità una giustizia profondamente incapace di regolare i conflitti, se non travolgendo l'autore.

Alternative di qualche attrattiva non ne vediamo, francamente. Anche se la situazione complessiva, in occidente, è assai migliore di quella del diritto penale della prima metà del Novecento, perché almeno i sistemi europei si orientano verso forme di giustizia penale molto più estesa come incriminazioni (inflazione penale, *overcriminalization*), ma non proporzionalmente afflittive in termini di rischio carcerario.

Le obiezioni principali all'idea riparativa (non solo alla *restorative justice*, dunque) evidenziano le seguenti criticità, in quanto essa sarebbe:

- a) una giustizia di classe;
- b) costruita su parametri indeterminati;
- c) realizzata in violazione dei diritti processuali dell'imputato presunto innocente;
- d) incapace di garantire seriamente il messaggio e il valore generalpreventivo delle incriminazioni.

La prima critica coglierebbe nel segno solo in caso di (indebita) riduzione dell'idea riparativa al risarcimento del danno: che è di facile impiego per chi ha mezzi economici, tanto da potere programmare il delitto, in vista di un largo beneficio, se scoperto e in grado di "risarcire" la vittima. Contro questo difetto va osservato che le sanzioni principali (per esempio detentive o sostitutive) non dovrebbero essere liquidatorie, e piuttosto venire bilanciate da altre conseguenze efficaci in termini preventivi (per esempio pene accessorie). Il risarcimento, se integrale, in vari casi è di grande utilità per la vittima, e se non copre anche la riparazione dell'offesa, non dovrebbe mai condurre alla non punibilità. L'offesa, del resto, non coincide con il danno (in realtà, neppure nei reati patrimoniali essi coincidono, dato il permanere del disvalore di azione della condotta lesiva), e così la sua riparazione non può ridursi al risarcimento.

La seconda critica riguarda soprattutto la *restorative justice*, che può contemplare mediazioni penali basate su riparazioni simboliche o impegni di condotte future: ma

sarà comunque razionalizzata anche in caso di assente riparazione: non si può fondare la pena sui soggettivismi di una colpevolezza interiore, che restano accertamento eventuale, ma sul "danno", sull'offesa riparabili e sulle modalità colpose o dolose che riguardano ancora l'illecito (la gravità del reato *ex art.* 133 c.p.).

proprio per questo essa va apprezzata o ai sensi dell'art. 62 n. 6 c.p., in quanto produca risultati obiettivamente; oppure nei limiti dell'art. 133, seconda parte, n. 3 c.p. («dalla condotta contemporanea o susseguente al reato»), presentando altrimenti *deficit* di tassatività la sua disciplina sanzionatoria, laddove incentrata su benefici determinati a fronte di prestazioni indeterminate. Per quanto riguarda la riparazione dell'offesa, invece, il delitto riparato impegna a una obiettivizzazione e tipizzazione interpretativa dell'offesa come elemento essenziale del reato, da realizzare reato per reato in via soprattutto ermeneutica rispetto a tutte le fattispecie suscettibili di riparazione. È un compito rilevante affidato alla magistratura in una prospettiva di tassatività.

La presunta violazione dei diritti di difesa è stata eccepita con riguardo alla mediazione penale, mai in relazione alle ipotesi tradizionali di delitto riparato. Si indurrebbero gli imputati, si dice, anziché a difendersi in giudizio, a riconciliarsi con la persona offesa per lucrare attenuanti o esimenti, così favorendo comportamenti “collaborativi” e “remissivi” rispetto all'imputazione, e attraverso una disciplina che, fin dall'inizio delle indagini e anche prima, prospetta percorsi riconciliativi: una giustizia non dialettica tra accusa e difesa, ma che anticiperebbe un ruolo di reo pentito o confesso, mentre egli è ancora presunto innocente. In realtà, la riparazione resta un onere e non un obbligo, e la cultura della difesa non deve essere sminuita da questa nuova opportunità, che non può diventare una “moda”, ma neppure una prestazione attesa e che, se non ci fosse, pregiudicherebbe l'imputato o il condannato. Guai a pensare questo: il pregiudizio è soltanto nel subire la pena tradizionale, non una pena aggravata dall'omessa riparazione. Nulla vieta di difendersi nel merito contestando ogni addebito, e coltivando ad un tempo almeno alcune forme di riparazione, ma è vero che solo un processo bifasico aiuterebbe a non confondere strategie difensive sull'*an* con autentiche istruttorie sul trattamento sanzionatorio conseguente alle forme riparative⁶⁴.

Quando ci si difende per non aver commesso il fatto o sostenendo la sua insussistenza, la strategia processuale non può prevedere cedimenti difensivi. Con buona pace dei fanatici della riparazione.

Una eccezione insidiosa all'idea riparativa di ogni tipo, sia prestazionale e sia mediativa, è stata invece sollevata da Domenico Pulitanò, Maestro tra i più prestigiosi e lumeggianti il diritto penale del nostro tempo, al quale sono dedicate con affetto le presenti riflessioni. La riparazione, eretta a progetto, e dunque “promessa” al futuro criminale, lo indurrebbe a delinquere, perché egli potrebbe sempre contare su sconti di pena per condotte sopravvenute a sua disposizione. Ne risulterebbe indebolito il precetto⁶⁵.

Pare vero il contrario, tuttavia. Perché il precetto è ciò che la riconciliazione con la vittima rafforza, se c'è mediazione; e perché la riparazione prestazionale, che deve comunque esserci perché si applichi almeno una attenuante obbligatoria, elimina esattamente una componente dell'offesa, la sua base oggettiva, attraverso un comportamento volontario dell'autore. Ma non elimina la sanzione, salvo che lo Stato

⁶⁴ Una tipologia di processo bifasico con una forma di *sentencing* è ora introdotta dalla riforma Cartabia per le pene sostitutive. V. l'art. 545-*bis* c.p.p.

⁶⁵ D. PULITANÒ, [Il penale tra teoria e politica](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 4, p. 6 ss.

(non l'interprete) non abbia deciso, per una valutazione di *ultima ratio*, che la condotta riparatoria possa ottenere la non punibilità completa.

Questa obiezione varrebbe altrimenti in linea di principio per ogni attenuante connessa a condotte riparative, ma il legislatore e con esso la società non hanno affatto sottovalutato un rischio di tale tipo, moltiplicando le ipotesi riparative nella parte generale e soprattutto nelle leggi complementari. Si può discutere se una preoccupazione per la prevenzione generale – l'ideologia penale (Stato Leviatano *vs.* Stato educatore) che ha sorretto la modernità, fino a metterla in crisi – possa davvero presentarsi nel caso di una regola attenuante di parte generale estesa alla maggior parte dei reati. Considerato il fatto che una tale estensione c'è già da sempre all'art. 62, n. 6 c.p., senza nessuna preoccupazione generalpreventiva, la questione può dunque riguardare solo la previsione di maggiori attenuazioni di pena, diciamo *ultra dimidium*. Per esempio, per i delitti puniti fino a quattro anni di reclusione, e anche a sei anni nelle ipotesi di messa alla prova, si arriva oggi (a seguito di condotte riparative) non a una attenuazione, ma addirittura alla non punibilità; così da sempre per le contravvenzioni classiche di cui agli artt. 162 e 162-*bis* c.p., e ora per quelle ambientali, giuslavoristiche e alimentari, più specificamente regolate. Lo stesso dicasi per la responsabilità "da reato" delle persone giuridiche sopra richiamata. I reati più gravi ovviamente necessitano di diverse valutazioni che sono soggette alle paure della società e alle politiche penali del Parlamento.

La non punibilità quale categoria generale del sistema⁶⁶ può riguardare anche questo tipo di incriminazioni. È infatti una categoria (e una politica) "esterna" e successiva all'analisi del reato – alle sue classiche sistematiche, da sempre orientate a offensività e colpevolezza, cioè alla meritevolezza della pena che rientra nella cultura retributiva – la quale non significa affatto assenza di responsabilità, ma recessione della risposta penale meramente afflittiva verso tecniche di degradazione orientate a risultati socialmente utili: sono percorsi che così attuano veramente i precetti penali nel disegno dell'*ultima ratio*, senza nessuna rinuncia alla sanzione.

La dimensione post-riparatoria della pena è una delle poche novità vere nel panorama del tradizionalismo penale, applicabile "come concezione post-riparatoria" ben oltre le possibilità conciliative tra soggetti in carne e ossa, ma anche conscia di un nucleo irriducibile di pena subita, che però ha sempre le forme riparative come promessa e politica dello Stato, e non solo della società civile, attuabili con modalità vicarie di pena agita anche in sede esecutiva.

⁶⁶ Sui percorsi della "non punibilità" M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, pp. 1035 ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, pp. 75 ss., 89 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 259 ss.; adesivamente F. PALAZZO, [La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente](#), in *Sistema penale*, 19 dicembre 2019; e ora soprattutto G.A. DE FRANCESCO, Relazione al Convegno di Messina, *Incontro di studi per Giancarlo de Vero. Ragionando sulla parte generale del diritto penale*, 7-8 ottobre 2022, a sostegno della profonda novità della risposta riparativa e della non punibilità rispetto al discorso tradizionale della penalità. V. pure G. COCCO, *La punibilità. Quarto elemento del reato*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018; P. CAROLI, [Non punibilità e indirizzo politico-criminale](#), in *Sistema penale*, 29 settembre 2019.

La pena agita e la non punibilità, quale categoria costante dell'*ultima ratio* del sistema penale accanto alla prima, sono le due dimensioni più innovative, perché capaci di mutare l'essenza della pena: da legge meno che perfetta a perfetta e da raddoppio del male a riduzione del male complessivo (*supra*, §§ 11 e 12).

Un'obiezione generalizzata contro questa idea riparativa (prestazionale e/o interpersonale) appare oggi conservatrice e anzi regressiva: che cosa c'è da conservare della triste realtà dell'esecuzione penale nazionale, cioè il carcere come discarica sociale, o del disinteresse del processo penale per le persone offese? Cioè delle macerie di una realtà iperafflittiva e disuguale di male aggiunto per i responsabili e di contemporaneo disinteresse per ricostituire i beni negati alle vittime?

Questa sola domanda vorrei porre al termine di un breve, e sempre stupefacente, viaggio nel tempo, il tempo delle ideologie punitive che sembravano non passare mai.

Qualcosa di veramente nuovo ci sembra arrivato, perché fa parte non più delle teorie elaborate da qualche studioso soltanto, o delle immobili eredità millenarie, ma del discorso pubblico, al quale è ormai orientato il nostro impegno su un tema di vera democrazia penale, non di sola democrazia costituzionale (l'art. 27, co. 3, Cost.).