

## Intervento del Dott. Massimo Donini

Buongiorno a tutti, ringrazio ovviamente non di maniera il Centro Severini, il Centro Studi Giuridici, per l'invito, e anche il Dottor Giovanni Rossi, col quale abbiamo avuto vari scambi in vista di questo convegno, e anche per il titolo che mi è stato affidato. Devo dire che io ho cambiato il mio modo di intendere e di concepire la pena da una decina di anni. Un momento centrale però in questa evoluzione è stato rappresentato dalla partecipazione alla fondazione di un Centro di giustizia riparativa a Reggio Emilia cooperativa Lovide, che abbiamo fatto insieme anche a docenti dell'università Cattolica, Claudia Mazzucato e altri, e che mi hanno fatto riflettere molto e cambiare, prendere posizione finalmente su tutta una serie di tematiche che ormai sono diventate per me è una questione di legittimazione dell'intero sistema punitivo, nel senso che al di fuori di una determinata concezione e applicazione della pena io trovo che il sistema non sia più legittimabile, mentre lo sia - io non voglio delegittimarlo - in un'ottica diversa però. La giustizia riparativa, la restorative justice, è una parte del delitto riparato come lo intendo; essa però non costituisce una vera alternativa al ripensamento della pena classica, ma un suo correttivo in ambiti che trovo ancora circoscritti, perché la giustizia riparativa in senso stretto, della mediazione del rapporto autore-vittima è applicabile non sempre, perché la vastità dei reati senza vittima, reati di pericolo astratto - tra l'altro la maggior parte dei reati sono di pericolo e se uno allarga l'orizzonte ha un disegno complessivo che riguarda il sistema penale Interrogandosi poi sulla pena di tutto il sistema penale ha difficoltà a trovare delle soluzioni unitarie, perché la pena da sempre condivide una serie di antinomie al suo interno, dalle concezioni utilitaristiche a quelle realistiche, antinomie che convivono nel sistema, sono nella società e nell'attività legislativa, nel legislatore che riflette la società. Quindi consapevoli di questa complessità è necessario se si vuole riportare un po' di ordine adottare delle strategie non semplicissime. La restorative justice è una di queste, ma tradizionalmente ha trovato applicazione e può trovare applicazione in alcuni ambiti e qui sono molto importanti anche se è portatrice di un'idea di fondo che poi illumina un cambiamento effettivamente generale. Essa si affianca normalmente alla pena subita, proponendo normalmente una pena agita a questa parallela, perché c'è la pena tradizionale, subita, e poi c'è la possibilità di una giustizia riparativa in ambiti circoscritti, in momenti distinti, in istituti particolari. Fino ad oggi però non è riuscita ad intaccare l'idea che la pena nasca concettualmente in modo indipendente dalla riparazione, la riparazione è un'eventualità successiva, e non sempre si adatta alle applicazioni non buoniste della riparazione, perché c'è una riparazione non buonista, non pura, come l'ha chiamata Fiandaca prima, come sono quelle degli strumenti coattivi per il recupero del profitto, per esempio, o per l'affermazione del principio che il delitto non paga, declinato però nei suoi profili orientati alla vittima e non all'autore, perché anche questo fa parte della Giustizia riparativa, non è sola, è anche l'idea che il delitto comunque deve avere una sua risposta, il delitto non paga e deve avere una pena perché se non c'è neanche riparazione c'è, e poi la pena classica in qualche modo. E allora il delitto riparato invece nel suo significato che propongo mira a ricostruire dall'origine la pena criminale su basi post riparatorie. Esso esige che vi sia una vera rivoluzione epistemologica nella costruzione delle pene e nella loro applicazione, ma anche nel programma punitivo presentato a chi ha commesso un reato. Il delitto riparato suppone un nuovo

orientamento della risposta punitiva dello Stato, dove la pena, che aggiunge un male al male commesso, sia concepita come residuale o successiva rispetto al programma riparativo. Oggi invece è il programma riparativo a risultare residuale rispetto alla pena. Una nuova concezione della pena appare tuttavia necessaria, perché il sistema è altrimenti - se ho tempo lo illustro un po', ma soltanto in seguito – delegittimato, e solo alla luce di una nuova fondazione è possibile sopportarne l'esistenza. Finché vedremo le Procure delle Repubbliche come macchine da guerra finalizzate alla scoperta e alla punizione dei reati - perché è questo il loro obiettivo evidentemente minimo e sufficiente oggi - esse ci restituiranno sempre l'immagine di un diritto penale che mira al raddoppio del male quale risultato – attenzione, certo è sufficiente, e alla sua riparazione invece come a una eventualità lasciata ai singoli di cui lo Stato non si fa carico. Questa è la verità. Ora, questa immagine tradizionale del sistema è fundamentalmente negativa, nel senso che nega il delitto e accresce il dolore; se poi produrrà effetti benefici sulla società o sui singoli è del tutto eventuale e non necessario per il suo funzionamento, per la sua costruzione aritmetica della pena, per una sua commisurazione basica e dunque per la sua essenza giuridica. L'effetto positivo di questa macchina è senz'altro la neutralizzazione dei fenomeni criminosi in atto, e questo lo vede chiunque: quando la Procura interviene è un fenomeno che viene scoperto e fermato, e questo è molto importante, ma il diritto penale non ha ancora cominciato ad applicarsi, sono misure cautelari, provvisorie, anche se all'inizio di un procedimento, anche se è capace di fermare il male di un delitto in atto. Nel diritto penale invece la produzione di un male specifico aggiunto inizia dopo. Ecco, invece le Procure devono costituirsi a centri che prendono in carico il compito fondamentale della riparazione dei delitti commessi per ridurre complessivamente diciamo l'entropia, il grado di disordine del sistema del male innescato dal reato, complessivamente, vale a dire tenendo conto dei costi sociali, dei rischi di tutte le persone coinvolte in un processo, dei potenziali ingiustamente indagati, degli autori e delle vittime. Per farsi carico della riparazione e della vittima lo Stato non deve vedere nella riparazione solo un onere da parte del reo, del condannato, ma inserire nella sua politica criminale ordinaria, costante - intendo la politica criminale anche nel senso molto lato di alternativa al sistema penale come l'ha illustrata molto bene Luciano Eusebi prima - la soluzione del conflitto con la vittima, ma anche e comunque la ricostruzione del valore e del bene che sono stati lesi attraverso il comportamento, questo post delictum contrario e riparatore della persona responsabile, sia esso spontaneo, che è l'immagine classica della Giustizia riparativa in senso stretto, diciamo, quella illustrata da tanti da oltre 30 anni, o comunque però positivamente indotto e in qualche caso anche coattivamente indotto, perché il concetto di delitto riparato da cui parto è più complesso, contiene ma non esaurisce la giustizia riparativa in senso idealistico. Lo Stato deve offrire come prima scelta, come programma principale, un percorso riparativo, cioè una sorta di pena agita, che si agisce, e poi solo in forma sussidiaria o alternativa la pena subita, perché se non c'è la prima non ci sarà una pena subita, e anche non si può negare la sanzione che però davvero allora in questo caso costituirà l'estrema ratio perché il primo progetto non è stato seguito. Io trovo ipocrita sentire in ogni convegno nazionale o internazionale che il diritto penale è l'ultima ratio e poi vedere che la sola preoccupazione dello Stato è quella di trovare e punire i colpevoli. Ma che cosa ce ne facciamo di questo programma di raddoppio del male se esso aumenta il disordine, l'entropia delle molecole maligne, diciamo, dentro il sistema. Descriviamolo in termini aritmetici, e vedremo che accanto al

segno meno, meno diritti, quelli lesi, meno beni protetti, rappresentato dal reato commesso, avremo il segno meno dei diritti del condannato in esecuzione. È tutto un segno meno in questo progetto se lo dovessimo definire aritmeticamente. Come risultato indispensabile è certo, il resto è eventuale. Se da questo meno complessivo possa derivare un più nessuno lo sa. La giustizia riparativa invece costituisce un segno positivo, ma esso è rimasto fino ad oggi eventuale nella concezione e nella epistemologia della pena attuale perché la scansione è questa: ci sono dei doveri, doveri di subire la pena, la pena subita, la pena come patita, sanzione coercibile, poi invece c'è l'obbligo del risarcimento, risarcimento civilistico, sanzione ovviamente eseguibile coercitivamente con esecuzione forzata. La riparazione in senso stretto viene concepita come un onere, perché non è coercibile, perché non posso costringere a un fare, a un fare, a parte l'interferenza fra riparazione e risarcimento che però concettualmente sono due cose diverse: anche quando c'è risarcimento di un reato patrimoniale questo non ripara interamente l'offesa perché l'offesa non è solo il danno, c'è anche il disvalore di azione, l'offesa è più complessa, quindi il mero risarcimento non ripara integralmente, risarcisce ma non ripara integralmente l'offesa. Poi abbiamo la riparazione coatta, però esiste la riparazione coatta, addirittura il legislatore se prendete il 322 ter e quater del codice penale per come riformato, accanto confisca per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione tipizzati fra cui anche la concussione in cui c'è una vittima si aggiunge una riparazione pecuniaria che però non va alla vittima ma va all'amministrazione, quindi abbiamo una confisca del maltolto, del profitto, che va allo Stato - è previsto così lì - una successiva confisca che va all'amministrazione. E alla vittima se c'è una vittima cosa va? Ecco magari nei reati tributari abbiamo la confisca per equivalente dove si prevede in altre fattispecie usura dove prima si desse c'è alla vittima, quindi non c'è una doppia confisca, però esiste anche la forma coercitiva già nel lessico statale di questa riparazione. Ma la riparazione tradizionalmente è vista come mero onere anche per un altro motivo, non semplicemente perché non è coercibile. E' visto come mero onere perché la società non crede che la riparazione dell'offesa rappresenti la risposta vera al delitto. La risposta vera nella sua scansione ordinaria, nella misura normale, è parametrata sull'offesa riparata e prescinde geneticamente dalla riparazione. Viceversa la pena geneticamente va considerata in modo diverso a seconda che vi sia stato un percorso riparatorio oppure no. Quando scrivo nella cornice edittale di un delitto che è prevista la reclusione da 1 a 6 anni penso a questa pena a prescindere dalla riparazione, ci sarà poi il 62 n. 6 o qualche altro anche eventualmente - parte generale del codice, poi la legislazione speciale ha decodificato tutto questo sistema, è molto interessante. Se la riparazione ci sarà dunque ti potrà aggiungere ab extra diciamo dall'esterno un'altra scala sanzionatoria, una circostanza come il 62 n. 6 ovvero una figura di riparazione prevista in modo diversissimo a seconda delle fattispecie della legislazione speciale. Anche in caso di recesso attivo, ultimo comma dell'art. 56, il ravvedimento operoso, il modello codicistico di parte generale prevede una forte attenuante, ma essa rimane tecnicamente un attenuante fino a due terzi la pena del tentativo è da un terzo alla metà di questa per il recesso attivo, cioè significa che quel delitto ha pena massima di 6 anni, in caso di recesso è a pena massima di uno, una forte riduzione devo dire, però non è la non punibilità della desistenza. Ebbene anche in questo caso il sistema concepisce come diminuyente, come una circostanza, l'eliminazione originaria dell'offesa non viene equiparata alla vera desistenza non punibile la desistenza e non è concepita come un titolo autonomo di

reato, ma rimane una diminuzione del titolo autonomo di tentativo che è ritenuto ancora esistente, e quindi attenuato dal recesso. Vero è per altro che tutti i progetti di riforma vorrebbero equiparare desistenza e recesso da comune non punibilità per la riparazione dell'offesa e il discorso nasce qui: programmo un'estorsione, ma poi il giorno dell'abboccamento con la vittima per ricevere il denaro non mi presento e faccio sapere che la cosa non avrà seguito; mal che vada è recesso, ben che vada è desistenza, si può discutere, c'è qualche diversità di opinione. C'è comunque un'offesa di pericolo minimo, un delitto tentato; valutiamo se sia stata completamente eliminata dal fatto successivo, questa è un po' la tematica. Per esempio la distribuzione di un prodotto alimentare pericoloso per la salute: il produttore per mero calcolo utilitaristico rispetto all'immagine della società a quello che si sta per scoprire, ma volontariamente, quindi non costretto, ritira il prodotto prima della sua circolazione effettiva presso i potenziali acquirenti e dunque fa sì che resti la contravvenzione magari dell'art. 5 perché prescinde da questo pericolo concreto, ma non si realizzerà il successivo delitto doloso, di pericolo, del 440 c.p., essendo il delitto di pericolo, cioè desistenza piena o comunque non c'è il fatto tipico di reato. L'art. 5 invece potrebbe rimanere questa volta obblazionabile, perché è una contravvenzione obblazionabile, anche nei progetti di riforma lo resta, obblazionabile, però a una condizione più significativa, che è quella della neutralizzazione del pericolo a livello di produzione, messa in mora prescrizione come nei reati in materia di sicurezza del lavoro, come i reati in materia di sicurezza ambientale, adesso c'è questa nuova forma di oblazione molto più costruita sulla neutralizzazione dell'offesa di pericolo, quindi una riparazione effettivamente. Questa è una legislazione che mira ab origine a non applicare la pena qualora vi sia riparazione dell'offesa di pericolo in questo caso con condotta attiva sopravvenuta e residuo di mera sanzione pecuniaria, ma ormai sanzione non penale l'oblazione. Però anche quella riparazione vista come un mero onere, la pena edittale ne prescinde, è costruita autonomamente, nondimeno l'avvenuta riparazione sostituisce integralmente la cornice originaria; si applica un istituto sanzionatorio del tutto diverso ed extra penale accanto all'estinzione del reato per sopravvenuta oblazione. Vedete che non parlo soltanto dei grandi delitti, della vittima e dell'autore che si riconciliano, c'è anche questo, ma è molto più complesso il discorso sulla riparazione ed è anche molto più se mi consentite laico, a volte molto più utilitaristico, non sempre quindi straordinariamente umanistico, però alla fine mira a un risultato di riparazione. Perché titolo autonomo, e perché è un vero onere? L'impegno dello Stato verso restituzioni coattive non ha conseguenze sanzionatorie, punitive, non è un merito del responsabile, se è cattivo non è un suo merito, quindi effettivamente la confisca per equivalente. Questa misura coattiva mira solo alla vittima, se lo restituisce alla vittima perché se lo incassa lo Stato nulla, se ad essa vengono destinate queste restituzioni, le confische del profitto, che possono essere allargate moltissimo, e lo saranno verosimilmente. Questo impegno riguarda perciò solo un aspetto dell'azione pubblica. Il delitto riparato invece è un programma per chi commette un reato ma 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 tutela di un tentativo di diritto, ma è a questo al massimo equiparabile, se non anche di disvalore inferiore. Questa valutazione è molto frequente anche in tanti istituti di riparazione nelle leggi complementari fino alla non punibilità. Io proporrei una disequazione, come l'ho chiamata, delitto riparato uguale o minore del diritto tentato, che significa che il disvalore e il trattamento punitivo del delitto riparato sono o meno gravi di o

equivalenti a quelli del tentativo, che alla fine vuol dire che quantomeno la diminuzione fino a un terzo potrebbe essere una circostanza, ma lo propongo come titolo autonomo. È vero che a differenza del tentativo qui l'evento lesivo c'è stato, o di pericolo - il pericolo è più semplice da tollerare, invece ci può essere stato l'evento lesivo, e quindi non è detto che si possa applicare a tutti i reati indifferentemente; alcuni reati possono restarmi esclusi, ci possono essere delle eccezioni, io capisco le politiche criminali differenziate per certi titoli di reato; propongo un modello generale che però può avere le sue eccezioni. E adesso non si può se l'evento totalmente c'è tornare indietro, ciò che è stato fatto non può essere posto nel nulla. Però nel tentativo il disvalore d'azione in qualche modo è maggiore - sia chiaro, il disvalore d'azione complessivo, perché abbiamo un fatto dove solo per caso il delitto non ha avuto successo. Nel delitto riparato è vero l'azione è compiuta, il fatto tipico, ma non c'è solo il fatto tipico della pena, la pena non tiene conto solo del fatto tipico, tiene conto anche del comportamento successivo del reo e quant'altro. Nel delitto riparato abbiamo un percorso successivo, per esempio la restituzione volontaria del profitto o una prestazione a favore della vittima, della società, lavoro di pubblica utilità, condotte aperte per il momento di tipo riparatorio che dovranno essere tassativizzate, dovranno essere tipizzate neutralizzazione del rischio di eventi futuri se il reato è di pericolo che prova l'avvenuta restaurazione del valore del precetto violato. Ciò avviene attraverso forme o di riconciliazione con la vittima - è l'esempio più luminoso, la mediazione, eccetera - oppure di prestazioni volontarie a terzi o alla comunità anche alle vittime sostitutive o vicarie perché se la vittima non vuole conciliarsi rimane il diritto di conciliarsi o di effettuare un percorso, non con la vittima reale o con i parenti della vittima reale, poi si è già praticato nella mediazione questo. Quando l'autore del reato è giudicato su tali basi il fatto e non solo l'autore, nel senso che hai già effettuato questo percorso è questa prestazione, è diverso, cambia il giudizio complessivamente sul fatto diciamo da giudicare perché c'è anche una componente che riguarda l'autore che non può essere dimenticato nel momento sanzionatorio, perché nel momento dell'attribuzione dell'an, della responsabilità, non devo guardare l'autore, ma nel momento del quantum sì, il suo percorso, il rapporto con la vittima cambia. Noi abbiamo studiato sempre solo il diritto penale del fatto, che è garantistico. Certo abbiamo veramente un processo penale bifasico: nel processo di cognizione c'è solo il fatto, nel processo di esecuzione c'è solo l'autore, che deve anche dimostrare di avere seguito, di seguire un percorso critico di revisione anche se eventualmente avesse commesso il fatto perché lì è già presunto colpevole, è giudicato, c'è una sanzione passata in giudicato. Ecco, qui invece però se abbiamo questo percorso, questo percorso attesta l'avvenuta restaurazione del valore del precetto violato, non è vero come mi obietta Pulitanò che l'idea del delitto riparato indebolisce l'affermazione del precetto penale, no, va in favore dell'affermazione del precetto penale perché è una restaurazione del precetto la riparazione, non è in senso contrario, va proprio in questo senso. E non è vero che ci sia una dimenticanza del fatto che il comportamento ha appunto comunque prodotto un danno e quindi è comunque più grave del tentativo perché tiene conto invece anche della componente soggettiva. Se fosse solo il danno certamente l'evento c'è stato è sempre maggiore il tentativo, ma c'è invece un recupero dell'offesa e successivamente comunque anche tutta la componente soggettiva di questo fatto. Ciò che mi bilancia e mi controbilancia e quindi anche sotto il profilo oggettivo e soggettivo la disequazione ha una sua razionalità, non matematica, lo capisco, utilizzo una formula di questo tipo, è un indirizzo che ha anche però un

supporto di politica criminale, perché aldilà di questo ragionamento c'è proprio il fatto della importante valorizzazione di un programma diverso, di un programma nuovo. Io dico ai magistrati, alla Procura, agli autori il compito dello Stato non è innanzitutto il raddoppio del male quando si è commesso il fatto individuale il delitto non paga a favore della vittima è un percorso di questo tipo: ti do un programma, è la prima scelta; se non l'accetti ovviamente ci sarà una pena subita, vedremo però come l'idea del delitto riparato incida sulla concezione della pena tradizionale. Questo è il secondo aspetto molto rilevante perché c'è questo primo aspetto che tutti possono capire, ma se invece il percorso non viene seguito, se io non riparo niente, se io voglio la mia pena tra virgolette meritata che cos'ho? Che cos'è la pena meritata? Ci arrivo subito. Dimenticavo: l'aspetto politico criminale che è schiacciante perché lo Stato dà al reo un progetto, un programma diversi dall'origine e ciò che mi fa proprio postulare l'idea di un titolo autonomo, che il post fatto aggiunge al fatto una nuova tipicità, cioè c'è la tipicità del fatto, ma c'è una nuova situazione che lei si aggiunge, che mi dà titolo per costruirla autonomamente, non come un'eventualità, ed è autonomo proprio perché faccio vedere che c'è un programma, non è l'eventualità lasciata al singolo, ti arrangi, ti costituischi parte civile, fa' quello che vuoi avrai un'attenuante, che m'importa, affari tuoi praticamente, no? È compito mio, e se è compito mio certo è un compito in più, è un compito importante perché mi dà un'identità diversa, a me magistrato, a me Procuratore della Repubblica, assumo un compito sicuramente meno odioso per tutti, e più positivo ma non buonista, semplicemente il buonismo non è questo. Ecco, e se no dicevo c'è la pena ordinaria. La pena ordinaria che noi tutti conosciamo ha delle debolezze costitutive incredibili perché adesso vorrei semplicemente ricordare che cos'è il diritto penale tradizionale e quali sono alcune sue debolezze costitutive che a me oggi appaiono così evidenti da rendere inevitabile l'esigenza di trovare un percorso alternativo a questo. Ora, la pena retributiva tradizionale è l'unica vera che riesce a giustificare le sue valenze general preventive che vanno insieme tradizionalmente diciamo l'assetto della costruzione all'origine dei reati, però strumentalizza il singolo, Non è vero che la retribuzione sia un vero limite. Anch'io ho pensato che il pensiero retributivo alla fine limita l'esagerazione della vendetta e quindi parametro un bene, ma il pensiero retributivo nella pratica applicazione ha un effetto che non garantisce assolutamente la proporzione. Noi parliamo continuamente di proporzione ma non c'è un unità di misura della proporzione. Rispetto ai delitti più gravi non c'è perché non possiamo punire un genocidio con un genocidio o un omicidio con la vita, e quindi è proporzionata per difetto, giustamente la pena è sproporzionata per difetto, anche un ergastolo poi diventano 20 anni o poco più, salvo percorsi individuali che non consentono riabilitazione, permessi premio o quant'altro. Invece nei reati meno gravi, quelli che si chiamano ubermnas, un overkill, una eccessività della pena perché già per i reati patrimoniali la perdita della libertà per molti anni è chiaramente sproporzionata, non c'è proporzione tra questi beni, lo vediamo tutti, e come facciamo a parametrarli? Ora il diritto civile come ripeto da un po' di tempo ha sicuramente una valenza aritmetica straordinaria, è matematica: io se ho commesso un fatto illecito che produce un danno di 100 risponderò di 100 + interessi e rivalutazione presso qualsiasi ufficio giudiziario. Nel diritto penale non avrò mai la stessa pena, mai, sarà sempre diversa, ma fra l'altro nel diritto penale non c'è un parametro unificante per il legislatore e per il giudice, ma c'è anche l'assoluta ingestibilità epistemologica di volere commisurare la colpevolezza, che poi è il fondamento di tutta la materia penalistica degli ultimi 50 anni, bisogna commisurare la

colpevolezza. E chi è capace di commisurare la colpevolezza? Ma siamo matti? Non c'è bisogno di parlare con un chimico, con un fisico. Ma cos'è? Lo sapranno i giuristi. No, non c'è un parametro. In diritto civile infatti non si commisura la colpevolezza: il risarcimento è 100 perché prescinde dal dolo o dalla colpa, naturalmente, è uguale. Quando il diritto civile si avventura come si sta avventurando nei punitive damages e nelle nuove sanzioni civili per i reati depenalizzati ma che rimangono un illecito punitivo vedremo che ovviamente non sarà più la pena civile classica, sarà più simile alla sanzione penale commisurata alla colpevolezza, ma sarà un'altra cosa. E allora di che cosa è riempita questa proporzione? Beh, è riempita di proporzione generale da un lato, da parte del legislatore, e questo lo vediamo ogni giorno, guardiamo le cornici edittali, guardiamo come sono costruite, ma c'è un rapporto fra la pena fino a 30 anni per il sequestro di persona a scopo di estorsione e i fatti che in concreto possono integrarlo anche un sequestro di un giorno infatti la corte assisana ha dovuto dichiarare l'illegittimità nella parte in cui non prevedeva perché lì c'era il tertium comparationis, oggi non ci sarebbe neanche il 131 bis perché il 131 bis si applica solo nel limite di 5 anni, questo ovviamente sarebbe escluso se non ci fosse quella attenuante che verrebbe richiamata sequestro di poche ore come avviene avrebbe sempre quei limiti edittali ma perché sono limiti edittali che tengono conto di un certo programma di prevenzione generale. Ce l'ha in tante altre fattispecie: c'è l'art. 74 in materia di stupefacenti, l'omicidio stradale è già stato ricordato, ne abbiamo continuamente, abbiamo esempi, ma anche al di là degli esempi più clamorosi in eccesso in Italia - adesso qui ci sono anche i giudici stranieri, magistrati stranieri - in Italia abbiamo dei limiti edittali minori, molto elevati perché si vuole impedire al giudice di fare una commisurazione della pena reale. In Francia non c'è il minimo, c'è il massimo; in Germania abbiamo dei minimi bassissimi, tranne che per i crimini che sono i delitti più gravi. Noi invece abbiamo sempre dei minimi alti che impediscono di individualizzare veramente la pena, di fare una individualizzazione che invece è il vero progetto, perché la pena vera non è quella minacciata, la pena giuridica è quella che si applica, e quella applicata, e che comporta un percorso di individualizzazione. Se prendete i criteri del 133 sarà un mito sarà quello che volete, ma sono tutti miranti alla individualizzazione, e quindi non alla prevenzione generale, che invece riempie di sé le cornici, e allora noi dobbiamo unire un progetto di individualizzazione a una cornice che invece è fondata su parametri di prevenzione generale che per definizione strumentalizzano i singoli. Quindi abbiamo una retribuzione che non ha un parametro di misura, perché io non posso commisurare la pena della libertà alla violazione dei sigilli, alla bancarotta, ma qual è l'unità di misura che mi fa dire che in un caso mi danno 5 anni, 6 anni, ma quale ci mettiamo d'accordo con una definizione stipulativa e quindi quando cominciamo a fare i magistrati allora ci insegnano che per questo reato almeno in questo ufficio, almeno in questa circoscrizione si applica mediamente questa pena, da un'altra parte c'è un altro criterio, magari. Ma dove sta scritto? Cioè, questo per dire che c'è molta politica, è una scelta politica, di politica giudiziaria, ma di scientifico il tema della pena ha molto poco, deve essere completamente ricostruito. Bene, l'idea del delitto riparato, della riparazione vuole offrire una prima base scientifica perché dice: guardate, il primo parametro è la riparazione, se c'è la riparazione cambia il chip, cambia la base della pena. Però - ecco, torno alla domanda iniziale - ma se non c'è allora la pena ordinaria sulla base della quale effetto questa diminuzione, questa diminuzione, questo titolo autonomo, quella originaria se è costruita invece indipendentemente, allora entriamo in corto circuito: abbiamo una pena generale che mi dà 30

anni, un delitto riparato per esempio di un certo tipo, e allora effettivamente però questo sconto era pur sempre però il programma originario che è il punto di prevenzione generale. L'idea è che anche la costruzione delle cornici edittali non può non tenere conto dell'idea riparativa. e come ne dovrebbe tenere conto? A mio avviso ne dovrebbe tenere conto cominciando come base della commisurazione delle cornici edittali dai delitti più gravi, quelli normalmente ritenuti irreparabili, dal genocidio all'omicidio eccetera, irreparabili in rerum natura diciamo, che però non possono avere più di un tot, non è che gli altri possono avere lo stesso perché sono comunque meno gravi, dovranno avere una proporzione a discendere. Questo è un progetto di razionalità proporzionalistico-decostruttiva delle cornici. È chiaro che io vivendo nel mondo mi rendo conto che il legislatore sarà sempre portato e tentato e in qualche modo anche legittimato democraticamente o populisticamente a definire queste cornici anche tenendo conto dei criteri ulteriori general-preventivi, ma se passa l'idea di una razionalizzazione del sistema che guarda a un progetto riparatorio in senso lato e anche in senso del delitto che non paga, della restituzione eccetera, e dall'altro a una riduzione razionale delle cornici io credo che questo tipo di complessivo disegno possa mantenere una sua realistica razionalità che terrà conto di alcune eccezioni che spettano pur sempre alla responsabilità politica e di chi le eccezioni le introduce.

Cosa c'è di giuspositivo in questa idea e cosa c'è di rivoluzionario? Il primo fondamento positivo di questa idea parte dal necessario orientamento della personalità della responsabilità penale alla tutela dei beni e alla protezione effettiva della vittima. Ciò che solo una concezione triadica del garantismo – ecco, cosa vuol dire assicura: cioè il garantismo classico del diritto penale ha verso lo Stato e l'autore, il garantismo verso i diritti dell'autore, dell'imputato, l'indagato, il condannato, e lo Stato, la macchina giudiziaria, il giudice, il Pubblico Ministero e quant'altro. Invece in quest'ottica oggi non si può non inserire anche la vittima, la vittima fa parte ormai del meccanismo, non perché si deve entrare nel processo per sostituirsi al pubblico ministero e rendere vendicativa l'azione giudiziaria - ovviamente va sempre neutralizzata in questa sua istanza se di questo si tratti, ciò che ha sempre fatto il diritto penale pubblico, di neutralizzare la vittima sotto questo profilo. Questo non va negato, è un problema che va comunque tenuto presente. Però la vittima deve essere al centro delle occupazioni, degli interessi penalistici dello Stato quando introduce sanzioni, non se la può dimenticare. E complessivamente l'obiettivo è quello della riduzione del male complessivo, per l'autore, per i cittadini che potrebbero essere indagati comunque, e per la vittima, complessivamente è un bilanciamento triadico in questo senso. Secondo fondamento è costituito dalla decodificazione eccezionale del modello codicistico. Noi abbiamo un modello codicistico che nei delitti dice: non si torna indietro dal delitto, al massimo hai l'attenuante, nelle contravvenzioni dice no, puoi sempre tornare indietro, paghi l'oblazione discrezionale oppure obbligatoria di cui al 162 bis - questo è il modello codicistico. Si è approfondito: nelle contravvenzioni abbiamo sempre più spesso modelli di oblazione invece però con riparazione dell'offesa, neutralizzazione del pericolo, è un modello moderno, intelligente sicuramente. Nei delitti abbiamo tantissimi esempi, per questo dicevo fondamento positivo, perché abbiamo nel sistema tantissime ipotesi di riparazione, che adesso io ve ne enuncio solo qualcuna, ma traete da questa ipotesi l'immagine di una decodificazione colossale, il modello del codice decodificato dalla politica criminale vera, moderna, contemporanea. E allora certo mettiamo dentro già nel codice ne abbiamo alcuni naturalmente nel codice penale originario abbiamo forme dallo

scioglimento della banda armata, art. 308, 309 per i reati abbiamo le ipotesi della ritrattazione nei reati contro l'amministrazione della giustizia, falso giuramento, falsa testimonianza, abbiamo nell'insolvenza fraudolenta l'adempimento che estingue il reato, ne abbiamo altri di neutralizzazione dell'offesa oggettiva che produce la non punibilità. Nel decreto legislativo 231 sugli enti abbiamo delle importanti ipotesi di non punibilità sia pur con riferimento ad alcune sanzioni, l'eliminazione delle conseguenze pericolose e dannose del reato e congiuntamente il risarcimento integrale elimina l'applicazione delle pene interdittive e c'è una forte riduzione per quelle pecuniarie. È paradossale, ma nel diritto penale economico ci sono più spazi di giustizia riparativa in senso lato, oggi è quasi più facile riparare che non in altre forme del diritto penale, forse perché ci sono i soldi per farlo, io mi rendo conto, chi non li ha paga con altri beni, però bisogna offrire dei percorsi diversi, non deve diventare una giustizia di classe questa differenza della possibilità di estinguere ex post. Abbiamo addirittura nei reati in materia societaria delle forme di risarcimento che estingue il reato, il 2627,28, 33 del codice civile riformato eccetera. Il modello delle contravvenzioni l'ho già detto, ma guardiamo poi tutta una serie di altre ipotesi che sono nel sistema, il pagamento del debito tributario, art. 13 e 14 del decreto legislativo, forti riduzioni della responsabilità, la riparazione integrale del danno nell'inquinamento idrico, art. 140 del decreto legislativo 152, la bonifica dei siti, abbiamo tantissime forme che guardano all'autore con i premi per la collaborazione nati in materia di criminalità organizzata, mafia, e poi estesi però alla criminalità comune; è un altro tipo di riparazione, a me non piace per niente, però ne devo prendere atto, segnalo la diversità delle politiche criminali che sono nel sistema: collaborazione processuale, c'è nel diritto d'autore, c'è nel contrabbando, c'è nel furto e nella ricettazione, c'è nell'immigrazione, nella schiavitù, tratta, pedopornografia, proprietà industriale, prodotti agroalimentari, e ogni commissione di riforma si trova in testa l'idea di estendere questo modello ormai come estende altri modelli di comportamento sopravvenuto. Abbiamo norme tradizionali che condizionano anche nel codice penale l'applicazione di certi istituti anche al risarcimento, com'è che ne so la seconda sospensione condizionale, sono tanti gli istituti che in qualche modo entrano; abbiamo i condoni, tutti i condoni, i condoni tradizionali, l'amnistia, gli indulti, gli indultini, i moderni condoni tributari, previdenza, urbanistici, legati a forme riparatorie, lo scudo fiscale, condoni previdenziali, in materia di omesso versamento delle ritenute operate, le sanatorie di regime nei reati edilizi in ambito paesaggistico ambientale. Ecco, sono elenchi di politiche criminali differenziate, ma ci fanno vedere come la politica criminale moderna e contemporanea sia attenta per le ragioni più varie al momento riparativo, al momento diciamo della riparazione dell'offesa.

L'altro argomento quindi dicevo cosa c'è di giuspositivo e non semplicemente di visionario in questo modello, da un lato vi è necessario orientamento della responsabilità penale, la tutela dei beni, la protezione effettiva della vittima che ha un fondamento costituzionale nell'art. 27 comma 3, concezione triadica del garantismo, la decodificazione di questo modello tradizionale e poi l'altra cosa che ho già detto la necessaria sproporzione per difetto della pena nei crimini più gravi, ciò che si riflette nel modo di gestire la proporzione in sé e che comporta una piena delegittimazione della pena tradizionale, la pena tradizionale non ha un fondamento epistemologico nella sua stessa idea di proporzione anche per chi volesse essere un retribuzionista diciamo classico, è proprio l'impossibilità dell'unità di misura della proporzione che la rende scientificamente impossibile da gestire, non c'è un'unità di misura. Ecco, se invece partiamo dalla riparazione e da

questa a decrescere dai delitti più gravi troviamo due stelle polari per ripartire, e questo diciamo è il disegno che mi è venuto in mente di proporre e che è diventato per me devo dire quasi una ragione di vita accademica e un dovere di testimonianza civile, perché io non credo più nella possibilità di continuare a studiare come ho fatto per più di vent'anni la teoria del reato prescindendo dalla sanzione, cosa che si può continuare a fare se ha un suo fondamento scientifico senza però fare i conti con la assoluta ascientificità della gestione della questione sanzionatoria che è il momento più politico il meno scientifico di tutto quanto il sistema che però lo fa cadere, e quindi dobbiamo ricominciare a ricostruirlo, dobbiamo assolutamente ricominciare. La vita quotidiana per tutta una serie di competenze, di diversità ci porta a ripetere questo eterno ritorno di schemi precostituiti, ma noi non possiamo andare avanti così. Quindi carattere triadico del garantismo, necessaria sproporzione della pena, la più massiccia decodificazione in atto, forte espansione di istituti di giustizia riparativa a livello internazionale, a livello nazionale, poi non cito che cosa è successo naturalmente ai minori, al Giudice di pace, alle riforme in materia di messa alla prova, a tutti gli istituti di giustizia riparativa che cominciano ad essere nel sistema. Ecco perché vi dico c'è tutto un reticolato giuspositivo che non è quindi il parto di qualcuno che pensa ma inventiamoci qualcos'altro, è un sistema che si sta allargando, è un sistema che mi porta a concepire quindi in generale la pena in una visione post riparatoria, la riparazione come un momento centrale per la fondazione della sua struttura classica. Basta io ho finito. Vi ringrazio per l'attenzione.