NOTE SU PUNIZIONE, RIPARAZIONE E SCIENZA PENALISTICA

di Giovanni Fiandaca

1. Che vuol dire, per un penalista odierno, affrontare da un punto di vista *scientifico* il problema della pena? Questo interrogativo, riaffioratomi in mente dopo aver letto un recente articolo di Domenico Pulitanò – intitolato, certo non a caso, *Il penale tra teoria e politica*[1] –, sollecita riflessioni in varie direzioni: in questo intervento prospetterò soltanto alcuni rilievi di massima (fuori da ogni pretesa di sviluppo minimamente sistematico) suggeritimi appunto da tale lettura, pur consapevole che le molte questioni implicate richiederebbero ben altro spazio e approfondimento.

Mi sia consentito prendere le mosse dall'impressione complessiva che ho ricavato a lettura ultimata: l'impressione è che Pulitanò tenti di rendere il più possibile distinguibili una dimensione "teorica" e una dimensione "politica" del problema della pena, pur avvertendo la grande difficoltà di tenerle separate, risultando il loro intreccio assai stretto e fitto (e una difficoltà analoga – aggiungerei – può prospettarsi rispetto ad altre categorie fondamentali del diritto penale). Interpretazione forzata o tendenziosa del pensiero del valorosissimo collega? Forse sì, forse no.

Prescindo dal soffermarmi sul dubbio se la etichettatura del penale come "tecnologia del Leviatano", oltre ad essere molto efficace, possegga un valore conoscitivo supplementare rispetto a usi linguistici più correnti. Mi preme, piuttosto, manifestare subito una piena condivisione del monito che Pulitanò lancia contro l'impiego, da parte di noi studiosi, di formule suggestive o "*parole magiche* che suonano bene, hanno valenza retorica", ma che risultano in realtà prive di una funzione conoscitiva od orientativa precisa ed univoca: e tra queste formule magiche egli include – ritengo non a torto – persino concetti basilari di impiego risalente e consolidato quali ad esempio retribuzione, proporzione, bilanciamento *et similia*, se utilizzati in termini molto generali e astratti quasi possano fungere da chiavi immediatamente risolutive delle complesse questioni che spesso vi sono sottese[2].

Quale sarebbe invece il modo di fare (o tentare di fare) *scienza* nell'ambito del diritto penale? In proposito, Pulitanò ribadisce il suo ormai noto atteggiamento di critica diffidenza nei confronti della cosiddetta dogmatica, argomentandolo in termini che meritano di essere riportati tra virgolette: "*Dogmatica* è una parola carica di storia, estranea al linguaggio della scienza e della filosofia moderna. Sembra dare maggiore dignità a modelli concettuali o a principi normativi ritenuti fondamentali. Rischia di trasformare questioni di linguaggio in questioni di verità (appunto, *dogmi*) e di suscitare

[1] Pubblicato in questa *Rivista*, 9 novembre 2020.

[2] D. PULITANÒ, *op.cit*., 11.

Editore Associazione "Progetto giustizia penale" | via Festa del Perdono 7, 20122 Milano
c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"
redazione@sistemapenale.it

falsi problemi"[3]. Se non nella dogmatica, dove risiederebbe allora il *quid proprii* di un'attività del penalista (o più in generale del giurista) definibile scientifica? Pulitanò tende a individuare il contributo scientifico dello studioso di diritto penale, in primo luogo, nella costruzione di "un linguaggio *rigoroso e ricco*, idoneo a tematizzare la complessità del reale, a far emergere i problemi della tecnologia penalistica, ad essere utilizzato in chiave critica (…). Un linguaggio antiretorico, non edulcorato, idoneo a parlare di ordinamenti buoni o cattivi, dando conto di come sono fatti, idoneo a rispecchiare le tensioni fra contrapposte esigenze o valori, tra diritto e giustizia"[4].

Mi chiedo se questo modo di intendere il lavoro del giurista teorico finisca col riproporre un modello di scienza giuridica tendenzialmente *werthfreie*, più o meno riconducibile a quell'indirizzo di matrice giuspositivista che contesta un diretto coinvolgimento dello scienziato del diritto nelle scelte contenutistiche e nelle opzioni valoriali considerate di pressoché esclusiva competenza del potere politico. Se si trattasse di un simile modello, farei fatica a farlo mio senza riserve: ma tenderei a escludere che Pulitanò intenda riproporlo davvero; è verosimile che gli stia a cuore, piuttosto, l'esigenza che il giurista non contrabbandi per attività scientifico-conoscitiva del diritto tesi od opinioni basate soprattutto su giudizi di valore a carattere soggettivo. Ma fino a che punto è possibile depurare dal soggettivismo valutativo il lavoro del giurista teorico?

2. Anch'io, in precedenti occasioni, ho detto qualcosa su come concepire il ruolo della dottrina penalistica nell'attuale momento storico. E, nel cercare di esprimere una mia opinione, mi è capitato di richiamare il punto di vista di Jakobs, che in proposito continua in verità ad apparirmi degno di molta considerazione (è merito di questo studioso prospettare assunti che, anche quando non appaiono accettabili in sé stessi, sollecitano comunque un approfondimento della riflessione): secondo Jakobs, autentica scienza penalistica sarebbe quella capace di elaborare concetti, categorie, principi e modelli di diritto penale idonei a dare risposta ai mutevoli problemi e alle mutevoli esigenze del controllo penale nelle diverse epoche storiche[5]. Orbene, non nascondo che mi piacerebbe far mio un tale punto di vista, che affida al lavoro dottrinale compiti che vanno ben al di là di un'analisi rigorosa degli aspetti strutturali, contenutistici e assiologici connessi alla tecnologia penalistica: elaborare tipi di diritto penale di volta in volta adeguati alle peculiari esigenze dei tempi non può, infatti, non comportare forme di forte coinvolgimento nelle scelte di fondo della politica penale. Se riserve o perplessità ritengo di dover manifestare al riguardo, queste non derivano da scrupoli di natura vetero- o neogiuspositivistica. Nascono, piuttosto, dal ragionevole dubbio che un ruolo così impegnativo e ambizioso possa essere credibilmente assunto da una dottrina penalistica (peraltro, non solo italiana) come quella attuale, tutt'altro che omogenea sotto il profilo politico-ideologico e altresì abbastanza pluralistica – come, del resto, non è

[3] D. PULITANÒ, *op.cit.*, 12.
[4] D. PULITANÒ, *ibidem*.
[5] G. JAKOBS, *El derecho penal como disciplina cientifica*, Navarra, 2008.

sorprendente che sia – nel modo di concepire il diritto penale e la sua missione oggi. Che per di più stenta a far sentire la sua voce per tentare di esercitare una funzione anche soltanto orientativa nel contesto di un sistema democratico sempre più conflittuale, confuso e frammentato (nel quale, per giunta, le conoscenze e competenze specialistiche vengono avversate o screditate dai movimenti populisti più di recente presenti nello scenario politico).

Comunque sia, pur prescindendo oggi da irrealistiche prospettive e aspettative di forte protagonismo dottrinale nello spazio pubblico, questa è e rimane – per quello che può valere – la mia opinione: una scienza penalistica del tempo presente soltanto illusoriamente potrebbe mantenere un atteggiamento astinente o neutrale rispetto agli orientamenti politico-culturali, alle visioni ideologiche, alle concezioni morali e ai corrispondenti giudizi di valore che condizionano le scelte di politica penale. E la stessa rilettura in chiave costituzionale del diritto penale, nella duplice prospettiva del costituzionalismo domestico e del costituzionalismo meta-nazionale, consente ampie convergenze di vedute finché si rimane su di un piano di enunciazioni di principio generali e astratte: come sappiamo, i disaccordi tornano ad emergere al momento di concretizzare, specificare e bilanciare i principi e i valori di riferimento in rapporto alle peculiari questioni da affrontare[6].

Anche nel ruolo di penalisti aspiranti in qualche modo e misura a fare scienza, tendiamo in verità ad intrecciare e assemblare – in maniera non sempre analiticamente distinguibile – formalizzazione concettuale, interpretazione di disposizioni scritte, elaborazione e sistemazione di principi, prese di posizione valoriali di varia fonte e natura e rilievi a carattere empirico; tutto ciò combinando insieme analisi concettuale, ermeneutica, approccio costituzionale, razionalità assiologica, razionalità strumentale, concezioni politiche e convinzioni morali (ancorché spesso non esplicitate) ecc.[7]. In poche parole, operiamo da scienziati molto più 'impuri' che puri – o finiamo con l'essere poco scienziati (non ultimo, perché raramente disponiamo di quel vasto e variegato corredo di conoscenze a carattere socio-criminologico, che sarebbe necessario per pronosticare o verificare il grado di aderenza alla realtà empirica dei modelli di

---

[6] Rinvio ad alcune considerazioni che ho sviluppato anche nel mio recente scritto *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione* (in corso di pubblicazione in un volume collettivo che raccoglie le relazioni a un seminario interdisciplinare sul tema del bilanciamento che avrebbe dovuto svolgersi presso l'università di Foggia il 18 marzo 2020, ma di cui è stato poi annullato lo svolgimento in presenza a causa della sopravvenuta emergenza sanitaria). In una più generale prospettiva giusfilosofica cfr. V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi*, Modena, 2016.

[7] Per considerazioni più articolate rinvio ai miei seguenti lavori: *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, 2005, 41 ss.; *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia*, 2010, 179 ss.; e, più di recente, *Nodi problematici del diritto penale di 'scopo', tra ieri e oggi*, in corso di pubblicazione in un volume di *Studi in onore di Lucio Monaco*. Più in generale, sulle componenti assiologiche della scienza giuridica contemporanea (anche a prescindere dalla specificità delle discipline di settore) si vedano ad esempio i contributi raccolti nel volume collettivo *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive*, a cura di F. Mannella, Napoli, 2016.

intervento penale prospettabili sulla base di opzioni teoriche figlie soprattutto di preferenze assiologico-normative, o anche di sensibilità personale del singolo studioso[8]).

3. L'incidenza delle pregiudiziali scelte (o preoccupazioni) assiologiche è particolarmente rilevante nell'approccio teorico al problema della pena, come è comprovato anche dall'attuale andamento del dibattitto interno alla nostra dottrina.

Ciò, ovviamente, non è casuale ed emerge talvolta in maniera abbastanza esplicita: ne sono testimonianza emblematica, ad esempio, la dichiarata tensione umanistica e la connessa esigenza di ri-legittimazione etico-politica in chiave democratico-dialogica della penalità che ispirano la originale proposta teorica di "delitto riparato" notoriamente avanzata da Massimo Donini, e sulla quale tornerò nel prosieguo di queste note (e lo stesso può dirsi rispetto alle motivazioni di fondo del grande favore nei confronti dei paradigmi della *restorative Justice* già da tempo manifestato da Gabrio Forti, Luciano Eusebi, Claudia Mazzuccato, Grazia Mannozzi ed ancora altri studiosi in periodi più o meno recenti[9]). Ma vi è di più. Essendo per un altro e complementare verso ampiamente riconosciuto che il fenomeno del punire continua a essere connotato da aspetti oscuri e da componenti irrazionali, non sembra invero troppo azzardato neppure questo sospetto: cioè che le stesse teorie della pena elaborate con approccio razionale possano in qualche misura risentire, anche a livello inconscio o subconscio, di motivazioni non razionalizzabili sino in fondo, in quanto – a loro volta – dovute al maggiore o minore condizionamento che sulla persona di ciascuno studioso esercitano i sentimenti o le reazioni emotive (come insicurezza, paura, ansia, rabbia e bisogni di vendetta ecc.) per lo più provocati dalle manifestazioni di criminalità[10]. Così, ad esempio, sembra tutt'altro da escludere che uno studioso strenuo difensore del primato della prevenzione generale intimidatrice quale scopo della pena, al di là delle giustificazioni razionali adducibili, emotivamente avverta la minaccia della criminalità in misura ben più accentuata rispetto ad altri studiosi che mettono invece al primo posto l'obiettivo del reinserimento sociale o, più di recente, quello della riparazione. Perché non dovrebbe

---

[8] Sul carattere a tutt'oggi molto problematico e precario del rapporto tra scienza penalistica e scienze empirico-sociali sono tornato, di recente, a soffermarmi nel mio sopra richiamato scritto *Nodi problematici*, cit.

[9] In considerazione del limitato obiettivo di queste mie note, ritengo di potermi in proposito astenere da citazioni bibliografiche puntuali. Fuori dalla cerchia degli studiosi di diritto penale in senso stretto, il modello della giustizia riparativa ha – com'è noto – trovato convinti seguaci tra i criminologi (come in particolare nel caso di Adolfo Ceretti), ma è significativo che cominci ad aprire brecce anche in ambito costituzionalistico: alludo a un recente libro scritto a due mani da una costituzionalista ex Presidente della Consulta e da un criminologo esperto della materia, precisamente da M. CARTABIA e A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano, 2020. Nell'ambito della più recente pubblicistica di matrice magistratuale cfr., ad esempio, M. BORTOLATO e E. VIGNA, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Roma-Bari, 2020, 139 ss.

[10] Uno tra i più autorevoli psicoanalisti contemporanei, di rilievo anche internazionale, è giunto a sostenere che la stessa attività di teorizzazione affonda le radici ultime in inclinazioni emotive, per cui le teorie sarebbero non di rado "una sorta di zattera per non annegare nell'angoscia": A. FERRO, *Evitare le emozioni, vivere le emozioni*, Milano, 2007.

del resto poter essere così, se ormai diamo abbastanza per scontato che la sensibilità personale esercita inevitabilmente un peso per nulla trascurabile sull'attività interpretativo-applicativa anche dei magistrati e sulle scelte relative alla commisurazione giudiziale della pena?

Mi ha colpito e continua a colpirmi, in proposito, il fatto che un celebre esponente di un pensiero penalistico molto sofisticato, e al tempo stesso fortemente orientato in senso critico verso la penalità tradizionale, come Klaus Luederssen abbia potuto – già alcuni anni fa – esprimersi in questo modo: "Non nascondo la mia totale simpatia per questa tendenza", riferendosi proprio alla prospettiva della riparazione[11]. Orbene, confessare di provare "totale simpatia" equivale a manifestare un atteggiamento favorevole di tipo appunto emozionale, prima ancora che argomentabile su basi logico-razionali. Ed è assai verosimile che una sensibilità in partenza incline a privilegiare una prospettiva di riparazione delle conseguenze negative del reato, in luogo di un rabbioso retribuzionismo o di un accentuato (nevrotico?) allarme generalpreventivo, rifletta un orientamento antropologico tendenzialmente più ottimista che pessimista. Ma ciò non esime, ovviamente, dalla responsabilità etico-politico e al tempo stesso scientifica di cercare di giustificare con ragioni forti, e comunque intersoggettivamente controllabili, una pregiudiziale "simpatia" verso il paradigma riparatorio.

Come ben sappiamo, rispetto alle prospettive, ai modi e ai limiti di possibile valorizzazione di tale paradigma nell'orizzonte della giustizia penale esistono a tutt'oggi, non solo nel contesto nostrano, posizioni teoriche differenziate.

4. Sulla base delle considerazioni che vi dedica nel recente saggio sopra richiamato (in particolare nell'ambito di un confronto critico con Massimo Donini) sarei, invero, tentato di inquadrare senz'altro Mimmo Pulitanò nel novero degli studiosi che non mostrano soverchia simpatia nei confronti del modello riparativo – o che, in ogni caso, contestano la sua idoneità a fungere da plausibile strategia di risposta ad una estesa gamma di fatti penalmente rilevanti. Provo qui a riassumere le principali obiezioni che Pulitanò ritiene di dover muovere alla ormai nota proposta teorica del "delitto riparato"[12], che rappresenta finora l'espressione – per così dire – più estremistica o radicale (quantomeno nel contesto penalistico italiano) di un orientamento dottrinale favorevole ad una prospettiva della riparazione integrata nel sistema penale. Si tratta di obiezioni che rispecchiano un "dissenso" riferito sia all'impianto concettuale, sia al significato anche etico-politico dei messaggi normativi: per cui si esclude che l'idea del delitto riparato possa ambire da un lato a fungere da paradigma teorico atto (così come Donini pretenderebbe) a rivoluzionare epistemologicamente il diritto penale, e dall'altro a sorreggere un convincente programma politico-criminale[13].

---

[11] K. LUEDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, trad. it. a cura di L. Eusebi, Milano, 2005, 31.

[12] La formulazione più recente di tale proposta è contenuta in M. DONINI, *Pena agita e pena subìta. Il modello del delitto riparato*, in *Questione giustizia*, 29 ottobre 2020.

[13] D. PULITANÒ, *op. cit.*, 7 (l'insieme delle obiezioni di questo autore che riassumo di seguito nel testo sono contenute nelle pagine da 7 a 10).

Le considerazioni critiche relative in primo luogo all'impostazione concettuale prendono le mosse dal rilievo che il modello teorico in parola difficilmente può risultare compatibile con la struttura della norma incriminatrice generale e astratta, considerata anche sotto il profilo comunicativo. Se ho ben compreso il senso di questa obiezione, proverei a sintetizzarla con parole mie così: sarebbe sbagliato, o comunque fuorviante intendere il precetto penale come veicolo di un messaggio al cittadino formulato in via principale e generale secondo uno schema all'incirca del tipo 'se commetti il fatto X o Y, hai l'obbligo di riparare le conseguenze dannose che ne derivano; altrimenti, sarai punito più severamente (o comunque sarai sanzionato con la pena classica)"; ri-concepire in questo modo il messaggio normativo – rileva Pulitanò – risulterebbe "disfunzionale nei confronti di chi si accinga a delinquere". Anche se non viene esplicitato, ho ragione di presumere che ci si riferisca a una disfunzionalità attinente anche alla funzione generalpreventiva: nel senso che un messaggio legislativo nei termini di cui sopra, anziché disincentivare, potrebbe addirittura incentivare la commissione di reati (il potenziale autore potrebbe dire a sé stesso: intanto delinquo, e poi cercherò il più possibile di cavarmela riparando!). Ritengo che l'obiezione sia, in effetti, abbastanza fondata.

Sul versante dei rilievi critici riferibili ad una futura implementabilità di un programma politico-criminale orientato in partenza e in linea generale secondo un modello riparativo, il punto problematico che viene subito in considerazione riguarda l'interrogativo se una riparazione sia sempre possibile. Pulitanò, criticando la tesi della plausibilità di forme riparatorie per equivalente applicabili anche a delitti strutturalmente irreparabili, e tanto più se assai gravi come nel caso emblematico dell'omicidio (tesi che egli attribuisce a Donini: sul punto cfr. però *infra*, VII), afferma: "È un gioco di parole del tutto esplicito: riparazione *per equivalente* è altra cosa da riparazione in senso proprio".

Anch'io avverto il rischio – come emergerà anche dallo sviluppo di queste note – che dell'idea di riparazione si finisca col fare un impiego dilatato e 'spiritualizzato' al punto da snaturarla, o annacquarla in misura tale da offuscarne una specifica identità.

Tutto ciò premesso, lo stesso Pulitanò ritiene comunque ammissibile ed opportuna – come, d'altronde, sempre più è dato riscontrare nell'ambito del diritto positivo – la previsione legislativa secondo soluzioni tecniche diverse (circostanze attenuanti, cause di non punibilità ecc.) di trattamenti differenziati per condotte riparatorie *post delictum*, da tenere in ogni caso ben distinte dalla configurazione del tipo di reato e della pena-base.

5. L'approccio critico di Pulitanò non ha espressamente toccato la questione – da tempo controversa, e tuttora controvertibile – se la riparazione possa convincentemente rientrare nel concetto di pena nel senso del diritto criminale. Il problema non è a mio avviso di puro – per così dire – 'begriffismo' dogmatico, dal momento che riguarda in maniera non secondaria sia il piano comunicativo rivolto alla generalità dei cittadini (in una prospettiva di corretta percezione del significato dei messaggi normativi e di conseguente orientamento comportamentale), sia il grado di sostanziale valenza

innovativa delle risposte in chiave riparatoria rispetto alla più tradizionale reazione punitiva (sotto entrambi gli aspetti, esiste possibile convergenza o divergenza tra il significato di pena socialmente diffuso e i significati attribuibili alla riparazione sempre da parte della gente comune?).

Non sembri, allora, superfluo ricordare che il problema in questione è stato non a caso affrontato nell'ambito del dibattito teorico intorno alla *Wiedergutmachung* (e all'*Ausgleich)* sviluppatosi nel contesto dottrinale tedesco a partire dagli ultimi anni '80 del Novecento[14]. Ad esempio, Claus Roxin ha cercato di risolvere (aggirare?) la questione sostenendo che la riparazione, pur non essendo definibile in sé una pena (in quanto – tra l'altro – la spontaneità che dovrebbe caratterizzarla contrasta col carattere coercitivo tipico delle sanzioni penali), ne possa tuttavia adempiere i fini (insomma, una sorta di equivalente funzionale)[15]. Sempre Roxin, nel celebre manuale, riassume il suo punto di vista in termini che vale la pena riportare tra virgolette: inserita nel sistema delle sanzioni penali, la riparazione "non è più un istituto puramente civilistico, ma apporta un contributo essenziale all'attuazione degli scopi della pena. Essa ha efficacia risocializzatrice. Poiché induce l'autore a confrontarsi con le conseguenze della sua azione e a prendere coscienza dei legittimi interessi della vittima. Essa può da lui essere vissuta – spesso più della pena – come necessaria e giusta e in questo modo favorire un riconoscimento delle norme. Infine la riparazione può condurre a una riconciliazione tra autore e vittima e con ciò facilitare il reinserimento sociale dell'autore del reato. Infine la riparazione è molto funzionale alla prevenzione integratrice, perché essa fornisce un apporto significativo al ristabilimento della pace giuridica. Infatti da quando il danno è riparato la vittima e la collettività – molte volte persino a prescindere da una punizione – considerano rimosso il turbamento sociale provocato dal fatto criminoso"[16]. A prima vista convincente, questa idea roxiniana di una piena equivalenza funzionale tra pena e riparazione a mio giudizio rispecchia una visione forse troppo ottimistica e, nel contempo, rischia di sovrapporre o ibridare troppo la prospettiva della riparazione e quella della rieducazione o risocializzazione (o, comunque, di renderne molto fluide e incerte le rispettive relazioni. Fluidità di confini inevitabile, almeno in una certa misura?).

Primo interrogativo: poggia su adeguati riscontri empirici la fiducia di Roxin nell'idoneità della riparazione ad adempiere tutti i possibili scopi che la teoria della pena ha finora attribuito alla punizione – o si tratta ancora una vota di una illazione teorica la cui corrispondenza alla realtà effettuale resta tutta da dimostrare? Ho ragione di ritenere che il dubbio vada, a tutt' oggi, più fondatamente risolto nel secondo senso. A maggior ragione – direi – perché già a monte mancano, o risultano del tutto insufficienti le verifiche empiriche relative alla stessa idoneità della pena classica a conseguire gli effetti

---

[14] Vi fa riferimento di recente, ad esempio, G.P. DEMURO, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Scritti in onore di Emilio Dolcini,* a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, II, Milano, 2018, 691 ss.

[15] C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer "Dritten Spur" im Sanktionssystem*, in *Festschrift fuer Juergen Baumann*, Bielefeld, 1992, 243 ss.

[16] C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. 1, Muenchen, 1994, 65.

preventivi che teoricamente le si assegnano. Ciò vale – com'è noto – rispetto sia alla prevenzione generale nella duplice forma negativa e positiva[17], sia alla prevenzione speciale rieducatrice: per cui, ove si tentasse di verificare empiricamente in termini comparativi il grado di efficacia preventiva della riparazione, mancherebbero in partenza anche affidabili dati concreti di confronto riferibili alla stessa pena tradizionale. Come che sia, l'analisi andrebbe in teoria distintamente approfondita rispetto a ciascuna forma di prevenzione. Basti qui qualche rilievo di massima.

a) Cominciando dalla prevenzione speciale, sembra abbastanza plausibile che una spontanea disponibilità a realizzare condotte riparatorie dell'offesa prodotta col reato possa valere come un serio indice sintomatico di una presa di consapevolezza, da parte dell'autore, del disvalore del fatto commesso e, perciò, di una convinta adesione a un percorso rieducativo. Ma questa funzionalità della riparazione rispetto alla rieducazione (prevalentemente intesa finora come risocializzazione o reinserimento sociale, almeno con specifico riferimento agli autori di reato che in larga maggioranza a tutt'oggi hanno alle spalle situazioni di deprivazione o emarginazione sociale[18]) fino a che punto si può dare per scontata? Dubito (e comunque non sono a conoscenza) dell'esistenza in proposito di studi specifici e approfonditi ad opera di esperti in psicologia o in altre discipline scientifiche, che siano in grado di lumeggiare sul piano empirico i presupposti di una virtuosa interazione riparazione-rieducazione. Ma vi è di più. Mentre cioè per un verso non è da escludere che la volontaria scelta di riparare possa anche essere frutto di un calcolo meramente opportunistico (vale a dire finalizzato soprattutto a evitare un trattamento più sfavorevole), rimane per altro verso aperta la domanda relativa al numero e al tipo di condannati potenzialmente capaci – per caratteristiche complessive di personalità, livello di istruzione, conoscenze e competenze personali, risorse economiche o di altro tipo – di orientare in senso riparatorio il programma trattamentale: ne sono capaci anche i tantissimi condannati in condizioni di indigenza economica e con un bassissimo livello di istruzione, o quelli che in numero progressivamente crescente oggi soffrono di disagi psichici e di disturbi psichiatricamente rilevanti (rispetto ai quali l'obiettivo della risocializzazione dovrebbe in teoria essere perseguito innanzitutto in una ottica psicoterapeutica)? Ancora, rimane da rilevare che una riparazione prevalentemente asservita alla rieducazione finirebbe con l'essere attratta nell'orbita della finalità rieducativa, perdendo così spazi sufficienti di autonomia identitaria e operativa.

b) Sul piano della prevenzione generale positiva (o della prevenzione-integrazione, secondo un'altra nota versione teorica: ma nell'ambito di queste sintetiche note mi sia scusato qualche eccesso di semplificazione o approssimazione), la

---

[17] Con riferimento specifico alla prevenzione generale cosiddetta positiva, è stata a ragione rilevata – tra l'altro – l'esistenza di questo circolo vizioso: "(…) si parla di stabilizzazione delle norme, ma se è compito della sanzione garantire tale esito, allora si deve sapere perché essa stabilizzi. Viene in gioco una vera e propria illazione sul vissuto interiore delle persone che vivono in una data società e fanno esperienza della prassi sanzionatoria Esse si lasciano o meno motivare dalla sanzione a seconda di quale significato associno alla medesima. Ma allora ci troviamo di fronte pur sempre alla questione di quale sia il compito della sanzione per sé: retribuire, intimidire, neutralizzare, educare?": così K. LUEDERSSEN, *op.cit.*, 132.

[18] Per un aggiornato quadro sintetico di dati e informazioni cfr. M. BERTOLATO e E. VIGNA, *op.cit.*, *passim*.

convinzione dello stesso Roxin secondo cui una risposta in chiave riparativa può risultare idonea – ed eventualmente più idonea rispetto alla normale punizione – a rimuovere nella coscienza dei cittadini il turbamento sociale provocato dal reato, così da contribuire alla stabilizzazione normativa, non va al di là appunto – e ancora una volta – di una fiduciosa illazione teorica: non è certo da escludere che ciò possa verificarsi davvero, ma non è scientificamente dimostrabile perché, come, quando e quanto di fatto si verifichi.

Ma, tanto più se risultasse vero che la riparazione possa dare risultati soddisfacenti sotto ogni angolazione preventiva, perché si dovrebbe cercare di identificarla con (o di assimilarla a) una sorta di pena o di sua parente? Posto che la prevenzione quantomeno di alcuni tipi di reato sia davvero assicurabile con strumenti riparatori, continuare ad assimilare pena e riparazione può ben apparire frutto di un errore concettuale condizionato da una acritica adesione alla tradizione, da un persistente ma obsoleto residuo di mentalità retributiva: infatti la prevenzione per via riparativa di per sé non implica l'inflizione di un male, mentre connotato essenziale della pena nel senso del diritto criminale è e rimane il suo carattere afflittivo[19]. Ma vi è di più. Ove dovessero in futuro (sia pure in un futuro non vicinissimo, considerato l'attuale punitivismo populista a carattere politico e/o giudiziario) progressivamente maturare una cultura di fondo e una diffusa sensibilità collettiva inclini a percepire il punire come una risposta ormai in molti casi (tranne ben ponderate eccezioni) anacronistica, e perciò poco compatibile co lo *Zeitgeist*, ci sarebbero buoni motivi per guardare alla riparazione (o ad altri modelli alternativi di reazione ai fatti socialmente dannosi) con un approccio mentale emancipato sia dal concetto di pena, sia anche dai termini in larga misura ripetitivi del plurisecolare dibattito sugli scopi della pena.

Già non pochi anni fa Luederssen ha del resto ben rilevato che, se è andato nel corso dei decenni aggravandosi il fenomeno dell' inflazione penalistica, ciò è stato co-determinato dal fatto che la società e lo Stato hanno avuto a disposizione un diritto repressivo pronto a impiegare la pena come una risorsa subito a portata di mano e buona un po' per tutti gli usi; mentre, se fosse stato davvero preso sul serio il principio della sussidiarietà penalistica, i cultori dei settori extrapenali dell'ordinamento giuridico sarebbero stati costretti a sviluppare la fantasia per escogitare tecniche di intervento a carattere non punitivo adeguate a fronteggiare i nuovi fenomeni dannosi o pericolosi da contrastare; da questo punto di vista, si è assistito a un circolo vizioso (i diritti extrapenali hanno fatto a meno di inventare inedite tecniche di tutela perché sarebbe stato in ogni caso a disposto a intervenire il diritto penale!)[20]. In un orizzonte di pensiero sostanzialmente analogo, ma in una prospettiva politico-culturale ancora più ampia e meno condizionata dal riferimento specialistico ad aspetti tecnico-giuridici, la filosofa statunitense Marta Nussbaum ha più di recente lamentato che il dibattito non solo politico ma anche scientifico sulla criminalità sia rimasto fino ad oggi confinato entro

[19] Cfr. K. LUEDERSSEN, *op. cit.*, 33 ss.

[20] Ancora K. LUEDERSSEN, *op.cit.*, 140 ss., 142 ("Ove si negasse qualsiasi legittimazione al punire, è certo che in materia di riparazione la fantasia si rivitalizzerebbe subito enormemente. La mera esistenza del diritto penale ha fatto sì che il diritto civile fosse in tal modo tenuto, per così dire, *a fuoco lento.*").

spazi tutto sommato ristretti, non avendo coinvolto con la profondità e l'ampiezza che sarebbero state necessarie tutte le competenze disciplinari potenzialmente chiamate in causa. Da qui un monito rivolto anche al potere politico: "(…) un legislatore razionale dovrebbe rifiutare il modo in cui il dibattito sulla gestione dei reati viene generalmente impostato, cioè come dibattito sulla 'giustezza della pena'. In realtà io sono incline a pensare che la cosa più razionale sia rifiutare del tutto e per parecchi anni l'uso del termine 'pena', visto che restringe la mente, inducendo a pensare che il solo modo di rapportarsi al crimine sia qualche 'guaio', come dice Bentham, inflitto al reo. La questione che ci sta di fronte è come affrontare l'intero problema degli atti delittuosi, non come punire le persone che ne hanno commesso uno. La pena (…) deve cedere il passo nella nostra attenzione ad altre strategie per la soluzione del problema, e quindi il dibattito (…) dovrebbe in realtà vertere sulle misure che una società può utilizzare *ex ante* (e in certi casi *ex post*) per ridurre i reati"[21].

Auspicherei che un tale monito di matrice filosofica venisse attentamente recepito da quei giuristi contemporanei che, forse troppo affrettatamente, inclinano a unificare (o combinare), piuttosto che a separare, pena e riparazione.

4. Rimane vero, per altro verso, che sotto alcuni aspetti esiste una qualche parentela o affinità tra pena e riparazione, dovuta – non ultimo – a una ineliminabile polivalenza ed ambiguità semantiche insite in parole appunto come punizione e riparazione (o anche risarcimento), specie se utilizzate in un senso molto generale e astratto. Vale forse la pena richiamare un dato storico-linguistico noto non solo agli addetti ai lavori, ma di comune conoscenza: in passato si è assistito, e pure oggi si assiste con una certa frequenza all'impiego di espressioni del tipo "il colpevole deve riparare il danno provocato dal suo crimine con lunghi anni di prigione" *et similia*, dove è chiaro che in questi casi il concetto di riparazione assume un significato ideale o simbolico, per cui esso funge nella sostanza da equivalente concettuale (ed emotivo) dei concetti di retribuzione o espiazione[22].

a) Può, pertanto, sorprendere fino a un certo che questa risalente contiguità pena-riparazione possa ricomparire anche nell'ambito di approcci teorici volti (almeno nelle intenzioni) a porre su nuove basi la teoria della pena. Mi riferisco in particolare alla originale (ancorché discutibile) teorizzazione di Jakobs su significato e scopi della pena statale, che sfocia infatti anche nella prospettazione di un "*dovere di riparazione*" incombente sull'autore di reato. In sintesi, il quadro concettuale è il seguente. "Mentre nel diritto civile si tratta di compensare un danno materiale prodotto, nel diritto penale si tratta di far fronte alla messa in pericolo della vigenza del diritto attraverso un intervento sul responsabile di questo danno o di questa messa in pericolo, e questo

[21] M. C. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, trad. it., Bologna, 2017, 261 ss., 263.
[22] Più diffusamente, M. VAN DE KERKOVE, *Sens et non-sens de la peine entre myte et mystification*, Bruxelles, 2009, 231 ss.

finché copra la sua sfera di responsabilità personale"[23]. "La sua responsabilità per la messa in pericolo della vigenza della norma legittima a infliggergli un dolore attraverso la pena; si potrebbe, quindi, parlare di una riparazione in un senso più ampio"[24].

Riparazione in una accezione lata, dunque, attraverso una sofferenza di significato punitivo. Ma perché sarebbe necessario infliggere pur sempre dolore al colpevole? La risposta che viene fornita è questa: "(…) la contraddizione di un reato deve avvenire proprio infliggendo un dolore: il dolore serve per la salvaguardia *cognitiva* della vigenza della norma: questo è lo *scopo* della pena, così come la contraddizione della negazione della vigenza attraverso il delinquente è il suo *significato*" (un simile assunto teorico, secondo l'autore, riuscirebbe anche a superare la secolare contrapposizione tra "*punitur, ne peccetur*" e "*punitur quia peccatum est*")[25]. Cercando di decodificare il passo ora citato uscendo dalla astrusa complessità del lessico concettuale jakobsiano (che mescola insieme presupposti rispettivi di filosofia hegeliana e sociologia sistemica luhmanniana[26]), provo a esprimerne di seguito il senso con parole più semplici. Perché il diritto (più precisamente, il diritto reale che vive nella realtà empirica, non il diritto astratto o ideale in senso hegeliano) possa orientare il comportamento delle persone (non solo dei potenziali delinquenti, ma anche delle potenziali vittime), non è sufficiente che il cittadino sappia che esistono divieti normativi di commettere certe azioni e che all'eventuale autore di una specifica violazione sarà rivolta una imputazione normativa. Piuttosto, i cittadini (si pensi ad esempio, come vittime potenziali, a un uomo anziano o a una donna giovane che temono di percorrere a piedi un parco di notte per la paura di essere derubati o aggrediti) devono avere anche la consapevolezza – ecco la dimensione cognitiva – che non è troppo elevata la probabilità di divenire vittime di un reato: consapevolezza a sua volta derivante dal fatto di sapere che l'ordinamento non si limita a una formale contestazione di addebito, ma infligge all'autore anche una *sofferenza* con lo scopo appunto di far sì che il timore o l'esperienza di un dolore sanzionatorio renda più improbabile la realizzazione di azioni delittuose[27].

Una così complicata trama argomentativa, a ben vedere, suscita alla fine l'impressione di una botte nuova nel disegno esterno ma che contiene pur sempre vino vecchio, anzi molto vecchio: l'obiettivo pragmatico della prevenzione dei reati – vuol dire in definitiva Jakobs – non può far leva sulla mera funzione simbolico-espressiva della pena (quale *medium* comunicativo che contraddice sul piano dei significati l'avvenuta violazione della norma, e ne riafferma comunicativamente la vigenza: questo effetto comunicativo potrebbe essere conseguito anche con la sola dichiarazione di colpevolezza contenuta in una sentenza di condanna!), ma deve ricorrere al dolore sanzionatorio come concreto strumento deterrente. Così riaffiora, quindi,

---

[23] G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it., Napoli, 2019, 96.
[24] G. JAKOBS, *op. ult. cit.*, 93.
[25] G. JAKOBS, *op. ult. cit.*, 89 e nota 143.
[26] Sui compositi presupposti teorici della concezione del reato di Jakobs sono tornato a soffermarmi, di recente, in G. FIANDACA, *Nodi problematici del diritto penale di 'scopo'*, cit.
[27] Il tentativo di semplificazione compiuto nel testo si avvale anche delle argomentazioni sviluppate da JAKOBS nelle pagine da 85 a 88 di *La pena statale*, cit.

un'antropologia pessimista: il modo migliore di proteggere i cittadini dalla paura della criminalità consisterebbe sempre nel fare paura ai delinquenti potenziali e nel fare soffrire quanti hanno già delinquito. Ma è scientificamente dimostrabile che a tutt'oggi le cose stiano così?[28]

b) Il nesso pena-sofferenza andrebbe approfonditamente riconsiderato anche sotto angolazioni ulteriori. Da un lato, torna a riproporsi la questione della persistenza nella società contemporanea di quel fenomeno psicosociale da tempo indicato, nell'ambito della stesa dottrina penalistica, con l'etichetta "bisogni individuali e collettivi di pena" o con locuzioni analoghe. Si tratta di una questione innanzitutto empirica, cui – come si è non da ora rilevato – non è possibile dare risposte univoche (le poche ricerche empiriche condotte per verificare il grado di accettabilità sociale di una riparazione sostitutiva della punizione forniscono risultati contraddittori, e viene messa in dubbio anche la validità scientifica dei metodi impiegati)[29]. Per altro verso, non mancano approcci esplicativi delle basi psicologiche della giustizia punitiva che tendono a concepire la stessa punizione legale come uno strumento di canalizzazione dell'ostilità sociale verso il criminale, percepito appunto come un estraneo, un nemico della comunità (e questo meccanismo psicologico di costruzione del 'nemico' servirebbe, a sua volta, a confermare e rafforzare la fedeltà dei cittadini ai valori tutelati dalla legge: nella sostanza, dunque, una versione in chiave psico-sociale della teoria della prevenzione generale positiva sviluppata dalla dottrina penalistica tedesca)[30]. Ammesso che – come sembra peraltro probabile – tesi esplicative di questo tipo abbiano un qualche fondamento, rimane però sul tappeto l'interrogativo se, e in quale misura sia legittimo in una democrazia costituzionale degna di questo avallare normativamente bisogni o meccanismi emotivi di punizione per sfruttarne la valenza strumentale rispetto a esigenze di prevenzione generale[31]. Un diritto penale figlio di una democrazia non autoritaria dovrebbe, piuttosto, sapersi confrontare criticamente con gli aspetti irrazionali ed emotivi ancora insiti nel fenomeno del punire.

Una ulteriore angolazione visuale del nesso pena-sofferenza è quella riguardante il versante delle vittime in carne e ossa, sotto l'intuibile profilo della potenziale idoneità del dolore sanzionatorio a soddisfarne bisogni di riparazione psicologica e/o morale conseguenti al fatto criminoso subìto[32]. Si tratta di una questione complessa e delicata;

---

[28] In proposito, si è obiettato che resta ancora senza convincente risposta perché la reazione ordinamentale alla commissione di un delitto debba necessariamente consistere in una sanzione afflittiva: "L'unica risposta verosimile è che il punire (con tutto il suo sistema di simboli) rappresenti una convenzione dalla lunga e consolidata tradizione(…). Un esame razionale della pena, tuttavia, dovrebbe chiedersi se le società moderne non possano inventarsi qualcosa di meglio, piuttosto che seguire passivamente abitudini consolidate": così K. GUENTHER, *Responsabilità e pena nello Stato di diritto*, trad. it., Torino, 2010, 93.

[29] Cfr. K. LUEDERSSEN, *op. cit.*, 33 e bibliografia criminologica ivi richiamata.

[30] Emblematica in questo senso la concezione di G.H. MEAD, *La psicologia della giustizia punitiva*, nel vlume collettivo *Carcere e società liberale*, a cura di E. Santoro, Torino, 2004, 154 ss.

[31] Interrogativo già sollevato, non a caso, ad esempio da K. LUEDERSSEN, *op. cit.*, 106.

[32] Mi sono più ampiamente soffermato su questo complesso e controvertibile aspetto nel saggio *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale tra punizione e riconciliazione*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo e R. Bartoli, Firenze, 2011, 97 ss. (in particolare, 101 ss.).

ed è, del resto, noto come da una parte della dottrina la teoria retributiva della pena abbia continuato a essere difesa proprio in ragione della sua ritenuta attitudine a dare soddisfazione alle vittime. Ma la domanda preliminare da porsi, in proposito, dovrebbe essere questa: sappiamo davvero cosa significa in questo caso dare *soddisfazione*? In realtà, l'esperienza concreta e le indagini psicologiche disponibili fanno emergere che il cuore delle vittime è attraversato da reazioni contraddittorie e sentimenti in parte oscuri, tra i quali un generico desiderio di rivalsa o vendetta insieme a un altro generico bisogno di solidarietà[33]. In ogni caso, è assai dubbio che una pena orientata in senso anche fortemente retributivo possa fungere da medicina efficace per guarire i traumi subìti dalle vittime di delitti assai gravi o lenirne in modo duraturo le grandi sofferenze patite[34].

7. Il rapsodico *excursus* che precede agevola, a questo punto, una analisi più compiuta della proposta di "delitto riparato" avanzata da Donini. Si tratta di una prospettazione teorica che presumo sia suscettibile di ulteriori sviluppi ad opera dello steso autore che ne ha la paternità, e questa presunzione mi induce a considerarla una teorizzazione ancora *in fieri*. Come che sia, assumendo a punto di riferimento la versione più recente[35], provo qui di seguito a indicare l'insieme delle ragioni che – a mio giudizio – possono farla apparire problematica (anche al di là dei rilievi critici esplicitati da Pulitanò, cui si è già fatto riferimento in precedenza): pur essendo e rimanendo condivisibili le motivazioni ideali che la ispirano e ammirevole la forte tensione umanistica che la connota.

Com'è forse intuibile, la prima riserva è di fondo e riguarda l'inclusione della riparazione nello stesso orizzonte di senso della pena: ciò ne contraddice, o comunque ne ridimensiona l'effetto di rottura – sui diversi piani, comunicativo, assiologico ed epistemologico – rispetto alla pena. Una prospettica politico-culturale e teorica favorevole a ridurre drasticamente l'area della penalità tradizionale dovrebbe, in linea di principio, puntare invece a fare della riparazione uno strumento il più possibile alternativo rispetto alla punizione, e dunque poco suscettibile di essere attratto in una sia pur riveduta nozione di pena etichettata come "post-riparatoria".

Quanto poi alla sottolineata caratteristica di pena "agìta" dovuta al carattere spontaneo e operativo della riparazione, in contrapposizione alla "subìta" e passiva pena tradizionale, è forse il caso di rilevare che in qualche modo e misura "agìta" dovrebbe in teoria essere definita anche una pena *rieducativa* pur in assenza di concreti atti riparatori: una ottica rieducativa costituzionalmente orientata – per quanto problematico e difficile possa risultare il perseguimento di un obiettivo di rieducazione in particolare nel chiuso di un carcere – , va infatti concepita non come percorso obbligato bensì come offerta di opportunità che richiede, in linea di principio, una

---

[33] Per un approccio in chiave psicologica e psichiatrica cfr. F.R. MOLLICA, *Le ferite invisibili*, trad. it., Milano, 2007. In una prospettiva anche penalistica istruttivo il confronto a due voci W. HASSEMER – J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, Muenchen, 2002.

[34] Si vedano gli autori citati alla nota precedente.

[35] M. DONINI, *Pena agita e pena subìta*, cit.

adesione il più possibile spontanea da parte del condannato e una sua partecipazione (non passiva, bensì) attiva e convinta al programma trattamentale. Tutto ciò almeno in teoria. Solo che, definendo "agìta" soltanto la pena riparativa, si rischia di mettere (anche involontariamente) in ombra già sul piano dell'impostazione teorica, ma con possibili effetti negativi sul piano pragmatico, l'esigenza che non risulti subìta e passiva neppure una pena orientata in senso rieducativo.

È vero che punizione e riparazione per altro verso mantengono qualche somiglianza, al punto che anche Jakobs ha potuto teorizzare – come si è visto sopra – un concetto lato di riparazione attraverso la pena. Ma rimane altrettanto vero che un concetto molto estensivo di riparazione finisce col farle smarrire una specifica e autonoma identità, riducendola a metafora di una pena persino retributiva.

Se così è, per potere prospettare una riparazione dotata di un significato sufficientemente percepibile come diverso da quello di pena (nel senso del diritto criminale), occorre passare dal piano dei concetti generali e astratti (delle "formule magiche", nel senso giustamente criticato da Pulitanò) a quello pragmatico delle *modalità concrete* attraverso le quali l'atto riparatorio è realizzabile: non possono che essere queste modalità a fare della riparazione qualche cosa di chiaramente differente, sul piano della realtà effettuale, rispetto alla punizione classica (rappresentata oggi in forma paradigmatica dalla pena detentiva).

Ciò premesso, si tratta allora di vedere quale idea abbia oggi Donini della riparazione e l'ambito di estensione che intenderebbe assegnarle. Ad un esame attento della sua ultima presa di posizione, emerge in primo luogo che egli considera "una parte" della sua concezione del diritto riparato la *giustizia riparativa* strettamente concepita: al riguardo rilevando che essa "pur contenendo in sé matrici ideologiche totalmente diverse da quelle della penologia tradizionale, non costituisce una vera alternativa al ripensamento della pena classica, ma un suo correttivo in ambiti che trovo ancora circoscritti, perché la giustizia riparativa in senso stretto, modellata sulla mediazione penale, relativa alla ricostruzione del rapporto personale autore vittima, non è certo sempre applicabile, in quanto la vastità dei reati senza vittima, e dei reati di pericolo astratto, rende impossibile un tipo di soluzione come questa in via costante e principale"[36]. Se ben comprendo il senso di questo complesso (e un poco contratto) argomentare, si vuol dire che il modello del delitto riparato si prefigge di segnare rispetto alla pena classica una alternativa ancora più radicale, dal momento che esso può avere uno spazio applicativo più ampio di quello ricopribile con la giustizia riparativa in senso stretto, specie se si fa riferimento alla cosiddetta mediazione autore-vittima quale suo strumento operativo più tipico. Ammesso che io non travisi, mi sembra che si imponga un primo rilievo. In realtà, la mediazione e gli strumenti riparatori utilizzati nell'ambito della *restorative Justice* non mi sembra che siano da considerare forme sia pure inedite di *punizione* (piuttosto, mezzi di intervento *diversi* dalla punizione anche quando le tecniche della giustizia riparativa vengano di fatto utilizzate non in via del tutto autonoma – così come pretenderebbe una giustizia riparativa ideologicamente

[36] M. DONINI, *op. cit.*, 3 ss.

'pura' –, bensì secondo una logica integrativa rispetto a un procedimento penale o alla fase esecutiva della pena, anche caceraria)[37]: mentre l'idea del delitto riparato (nel senso di Donini) prospetta la riparazione come articolazione interna di una risposta sanzionatoria che rimarrebbe sempre e in ogni caso *penale* (concezione c.d. "post-riparatoria" della pena). Ed è proprio questa pretesa teorica di unificare, assimilare o comunque ibridare pena e riparazione (e la stessa giustizia riparativa strettamente intesa) che induce a ribadire possibili obiezioni critiche.

Un secondo rilevo riguarda, com'è intuibile, lo spazio applicativo del paradigma riparatorio all'interno del modello del delitto riparato: spazio che non può che essere abbastanza ambio, se l'obiettivo perseguito con l'elaborazione di tale modello è anche quello di superare i limiti cui va incontro la giustizia riparativa (soprattutto in chiave mediativa) laddove vengono in rilievo reati senza vittime in carne ossa, come nel caso tipico delle tantissime fattispecie a pericolo astratto (negli ordinamenti contemporanei divenute, peraltro, ormai più ben più numerose delle fattispecie di danno effettivo) poste a tutela di beni o interesse a loro volta privi di tangibili referenti empirici. Ciò sembra in effetti trovare conferma leggendo anche l'ultimo scritto di Donini in argomento (dove si fa più volte fa riferimento a una nozione di riparazione sia in un senso lato, sia in una accezione corrispondente a quella di giustizia riparativa in senso stretto[38]): in più punti infatti si afferma e ribadisce che il modello del delitto riparato è concepito come nuovo istituto di parte generale (che, in analogia alla figura del delitto tentato, prevede una generale diminuente *ad hoc*), perché la prospettiva riparatoria dovrebbe avere un campo applicativo estensibile ad una gamma il più ampia possibile di fattispecie di reato (inclusi i reati di pericolo astratto), e dovrebbe altresì potersi avvalere del ricorso ad un ventaglio altrettanto ampio di strumenti operativi (procedimento mediativo nei casi in cui è possibile attivarlo, eventualmente anche con vittime simboliche al posto di quelle reali, restituzione volontaria del profitto, prestazioni a favore della vittima o della collettività, lavori di pubblica utilità, interventi volti a neutralizzare il rischio di eventi

---

[37] Rinvio in proposito a miei più ampi rilievi sulla giustizia riparativa e sui suoi possibili modi (alternativi o integrativi) di atteggiarsi rispetto alla giustizia punitiva contenuti nei due seguenti scritti: *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. STORTONI e G. INSOLERA, Bologna, 2012, 241 ss. e bibliografia ivi citata; e *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale*, cit., 110 ss. e letteratura ivi richiamata.

[38] Inoltre, si accenna anche alla possibilità che la stessa giustizia riparativa in senso stretto, nata in origine all'insegna di una ideologia comunitarista di matrice religiosa protestante e in termini di conseguente 'alterità' rispetto alla giustizia punitiva tradizionale allo scopo di venire incontro soprattutto alle esigenze e alle aspettative delle vittime concrete emarginate dal normale processo penale giuridicamente formalizzato (e quindi "disincarnato" in ruoli giuridici astratti), sia di fatto a sua volta piegabile ad usi diversi anche sotto il profilo delle motivazioni politiche: in questo senso – come anch'io ho avuto occasione di rilevare – si va da un impiego critico-progressista "da sinistra" per contestare la giustizia punitiva borghese ad un uso tecnocratico-efficientistico finalizzato a scopi deflattivi della macchina giudiziaria (sul punto, più diffusamente, G. FIANDACA, *La riforma codicistica*, cit.).
Più in generale, sui possibili usi impropri e sui rischi di snaturamento della giustizia riparativa cfr. i diversi saggi raccolti sotto il titolo *Giustizia riparativa, comunità, diritto* e pubblicati in *Studi sulla questione criminale* (Nuova serie di *Dei delitti e delle pene*), n. 1/2009, 7 ss. (in particolare, segnalo J. FAGET, *I "ragionevoli compromessi" della mediazione penale*, ivi, 59 ss.).

lesivi futuri, nuove ipotesi di messa alla prova con prescrizioni riparatorie, introduzione di nuove misure alternative orientate in senso riparatorio *et similia*).

Nel contempo, tuttavia, si riconosce che un simile programma politico-criminale può da un lato andare incontro a limiti di varia natura e, da un altro lato, prospettare problemi connessi a una persistente indeterminatezza del concetto stesso di riparazione. Così, non si esclude la possibilità che esistano buone ragioni per escludere da tale programma alcuni tipi di reato, per cui quello del delitto riparato si prospetta come "un modello generale che ammette realisticamente attuazioni differenziate"[39]. Inoltre, si prende atto che l'implementazione tecnica della svolta riparatoria richiede ancora molto lavoro sul triplice versante della elaborazione dottrinale, dell'affinamento ermeneutico e – non ultimo – delle tecniche di tipizzazione normativa delle condotte riparatorie[40]. Così stando le cose, si potrebbe allora rilevare che la proposta teorica di un modello generale di delitto riparato, per quanto assai suggestiva, appare ancora prematura sotto il profilo non solo politico ma anche scientifico: un auspicabile approfondimento della riflessione sulla effettiva possibilità di implementare un tale modello potrebbe, infatti, anche sfociare nella conclusione che sia complessivamente più corretto o ragionevole continuare a strutturare gli istituti a carattere riparatorio secondo una logica più di parte speciale che di parte generale.

Un altro punto meritevole di considerazione riguarda l'aspetto soggettivo. Nella proposta di Donini, oltre a rimarcarsi che la riparazione deve essere concepita come un paradigma ben diverso e più comprensivo rispetto all'istituto del risarcimento del danno patrimoniale (anche per evitare il rischio di discriminazioni di classe derivanti dalla diversa condizione economica degli autori di reato)[41], si puntualizza che essa, appunto perché deve avere come punto di riferimento l'intera offesa penalmente rilevante, implica l'esigenza di dare altresì rilievo a una componente soggettiva (riferita al cosiddetto disvalore di azione) da assumere anch'essa a oggetto di valutazione in sede giudiziaria[42]: dovrebbe cioè essere accertata – se ben comprendo – una effettiva interiorizzazione, da parte dell'autore di reato, della positiva valenza assiologica (valore di azione) insita nella condotta finalizzata a neutralizzare l'offesa già prodotta, perché soltanto così la scelta di riparare potrebbe essere considerata frutto non già di un mero calcolo opportunistico ma di un sopravvenuto ravvedimento autentico.

In proposito, prospetterei un duplice dubbio. Per un verso, non si finisce così con l'avvicinare troppo, sino quasi a non potere più distinguere le due prospettive della riparazione e della rieducazione? Secondo dubbio: questa enfasi posta sulla rilevanza dell'atteggiamento soggettivo riferito al disvalore (o, viceversa, valore) di azione non sposta troppo il baricentro della valutazione penalistica verso la logica del diritto penale d'autore?

Ma la novità (quantomeno a prima vista) ancora più originale della proposta del delitto riparato riguarda una sua ulteriore articolazione, che contribuisce a connotarne

---

[39] M. DONINI, *op. cit.*, 10.
[40] M. DONINI, *op. cit.*, 10-11 e nota 22.
[41] M. DONINI, *op. cit.*, 6,17.
[42] M. DONINI, *op. cit.*, 6, 11.

la complessiva fisionomia teorica. Si allude all'idea non solo di includere la riparazione nello stesso orizzonte di senso della pena (prospettiva che – come già visto – è storicamente affiorata più volte, e peraltro sotto angolazioni teoriche anche disomogenee), ma di assumerla ad auspicabile paradigma di riferimento anche in vista di un rinnovato modo di concepire le cornici edittali. Donini è infatti dell'avviso che – beninteso, fuori dal novero dei delitti più gravi e strutturalmente meno compatibili con una risposta in chiave riparatoria (genocidio, omicidio e pochi altri) – le scale sanzionatorie dei delitti riparabili potrebbero essere legislativamente determinate tenendo sin dall'inizio conto, nel calcolo delle stesse cornici-base di pena, dell'incidenza del momento riparatorio. Per dirlo con le sue parole: "(…) se per il furto tradizionale la pena ordinaria è di X anni in astratto (…), la cornice del furto riparato sarà già inferiore; e se poi il delitto riparato dovesse diventare un titolo autonomo con pena assimilata a quella del tentativo, una autonoma cornice di pena o anche una attenuante ad effetto speciale, la categoria della riparazione avrà comunque sottratto al reato consumato il suo significato paradigmatico di pena-base: perché la pena si fonda ora su una distinta cornice"[43]. Se comprendo bene la tesi complessiva che vi è racchiusa, il passo testé riportato riassume in termini sintetici le possibili (e – mi parrebbe di capire – alternative) modalità tecnico-normative di attuazione di una scelta politico-criminale comunque orientata a ripensare il reato e la pena in una ottica post-riparatoria.

Orbene, mi chiedo se in particolare la modalità consistente appunto nel ricalcolare le cornici iniziali di pena di singoli reati riparabili in base a una valutazione del grado di meritevolezza (oggettiva e soggettiva) della condotta riparatoria, finisca col dar luogo sotto il duplice profilo della razionalità politico-criminale e della implementabilità tecnica a problemi e complicazioni che sarebbe opportuno evitare. In primo luogo, rileverei che, dal momento che – se capisco bene – lo stesso Donini ritiene che debbano continuare a essere normativamente previste autonome scale più elevate di pena rispetto ai delitti consumati (astrattamente riparabili, ma) di fatto non riparati perché i relativi autori si astengono dal realizzare atti di successiva neutralizzazione dell'offesa, non risulta irrazionale e troppo complicato prevedere legislativamente in relazione a singole fattispecie criminose doppie misure edittali di pena riferibili alle ipotesi rispettive di riparazione non avvenuta o avvenuta?[44] In secondo luogo, non sarei così sicuro – come invece Donini sembra essere[45] – che assumere a criterio orientativo della pena edittale e della sua misura la condotta riparatoria renda sempre più razionale e meno arbitraria la scelta legislativa perché la riparazione sarebbe in ogni caso più oggettivabile e meno dipendente da stati soggettivi. Concorrono a porre quantomeno in forse questa convinzione due rilievi: nella impostazione teorica del delitto riparato – come si è visto in precedenza – la rilevanza dell'atto riparatorio non sarebbe puramente oggettiva, ma richiederebbe la corrispondete presenza di un elemento soggettivo; oltre a ciò, la concezione molto estensiva della riparazione che viene adottata proprio in rapporto al modello del delitto riparato, che giunge ad includervi atti riparatori anche

[43] M. DONINI, *op. cit.*, 14 ss., 20.
[44] In proposito, muove un analogo rilievo critico D. PULITANÒ, *op. cit.*, 8.
[45] M. DONINI, *op. cit.*, 14.

privi di tangibile materialità, può – anziché ridimensionare – riproporre il problema di un eccesso di discrezionalità legislativa nella scelta delle scale edittali di pena.

Vi è ancora un profilo che ha a che fare col ruolo del magistrato, e che viene – non a caso – esplicitamente tematizzato nell'ambito del modello teorico in esame. Per dare di nuovo la parola a Massimo Donini: la prospettiva riparatoria "dà una identità diversa al magistrato (…), che non è più un distributore di pene subìte: egli assume un ruolo sicuramente meno odioso per tutti, e più positivo ma *non buonista*, perché il buonismo non è questo". E ancora: "Io dico ai magistrati, alla procura, agli studiosi, ma anche ai cittadini che il compito dello Stato non è innanzitutto il raddoppio del male quando si è commesso il fatto individuale; il delitto non paga, ed è a favore della vittima la proposta di un differente percorso di queto tipo: ti do un programma, è la prima scelta, ripara; se non l'accetti ovviamente ci sarà la pena subìta"[46].

Condivido senz'altro la tesi di fondo che una prospettiva di estesa valorizzazione legislativo-giudiziaria del paradigma della riparazione, anche in combinazione con la pena tradizionale, comporta un rilevante cambiamento nella cultura e nella psicologia dei giudici e dei pubblici ministeri: a differenza della pena classica, che mantiene – per così dire – nel suo Dna tracce di valenza polemogena ed escludente simboleggiate dall'immagine di una giustizia con la "spada", la riparazione reca soprattutto il messaggio di una giustizia irenica che tende non a colpire i rei e a isolarli dalla società, bensì a rimarginare ferite, a ricostruire rapporti positivi con le vittime offese o più in generale con la comunità di riferimento. Come è stato ben detto da Garapon, mentre la logica della pena tradizionale funziona pe sottrazione, "l'economia ricostruttiva è deliberatamente additiva nello sforzo contrario di rendere positiva l'esperienza sociale della delinquenza, proponendo a ciascuno di integrare un circolo virtuoso"[47]. Ed è appunto per riuscire a farsi promotore di atti riparativi che il magistrato dovrebbe acquisire un nuovo tipo di formazione professionale.

Rimane, peraltro, da chiedersi se questo riorientamento culturale e professionale possa sfociare anche in un ulteriore ampliamento degli spazi di discrezionalità giudiziale. Come ben sappiamo, la discrezionalità del giudice rappresenta da sempre uno strumento-chiave nel passaggio dalla pena legale astratta alla pena individualizzata in rapporto alla persona concreta del condannato, ed è anche noto che a seconda degli ordinamenti essa fa registrare variazioni di ampiezza connesse alla diversità dei sistemi sanzionatori adottati[48]. Qui mi limito a rilevare che un maggiore spazio concesso in prospettiva futura a strumenti riparatori potrebbe non incrementare sensibilmente la discrezionalità giudiziale qualora il legislatore si limitasse a dare rilievo a forme materiali, come tali tendenzialmente oggettivabili, di riparazione: la discrezionalità sarebbe verosimilmente destinata, invece, ad aumentare se fossero ammesse anche forme di riparazione per equivalente o a carattere ideale o simbolico.

---

[46] M. DONINI, *op. cit.*, 11 ss.

[47] A. GARAPON, *La justice reconstructive*, in A. GARAPONE, F. GROS, TH. PECH, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, 2001, 308.

[48] Cfr., di recente, M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pana. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, 431 ss.

8. Nel suo più recente scritto sul delitto riparato, Donini ha affermato con una certa perentorietà che "la riparazione deve essere all'origine concettuale della pena"[49]. Colgo, e posso apprezzare la forte tensione umanistica di questa affermazione. Nondimeno, mi chiedo: un singolo studioso, una corrente di studiosi o – al limite – una (ideale) scienza penalistica di orientamento unanime possono davvero ambire a determinare o ri-determinare sensi e scopi di un fenomeno come il punire?

La tendenza a concepire i fini della coercizione penale come obiettivi elaborabili scientificamente e/o intenzionalmente perseguibili sul piano politico-legislativo è, in effetti, di gran lunga prevalente tra noi studiosi fino ai nostri giorni. Ma fino a che punto non si tratta di una pia o comoda illusione (o di una convinzione condizionata, anche a livello inconscio o subconscio, dal bisogno di sottrarci come penalisti a un senso di colpa più o meno latente derivante dalla sempre maggiore consapevolezza della irriducibile problematicità della istituzione-pena)?

All'incirca nello stesso momento storico in cui v. Liszt teorizzava la pena di scopo, ponendo con approccio razionale-utilitaristico una particolare enfasi sull'obiettivo della prevenzione[50], Federico Nietzsche dedicava al fenomeno punitivo osservazioni di rara lucidità e profondità, che dovrebbero in realtà essere tenute a tutt'oggi presenti come monito contro eccessivi o facili ottimismi riformatori: "Per quanto concerne (…) il suo significato, il suo scopo, il concetto di pena non presenta più, in realtà, in uno stadio molto tardo della civiltà (per esempio nell'Europa odierna), *un unico* significato, bensì un'intera sintesi di significati; la precedente storia della pena in generale, la storia della sua utilizzazione ai fini più diversi, finisce per cristallizzarsi in una sorta di unità, che è difficile a risolversi, difficile ad analizzarsi e, occorre sottolinearlo, del tutto *impossibile a definirsi*"; ed ecco la conseguente conclusione: "È oggi impossibile dire esattamente *per quale ragione* si addiviene alla pena: tutte le nozioni, in cui si condensa semioticamente un intero processo, si sottraggono alla definizione, definibile è soltanto ciò che non ha storia"[51].

Orbene, ritengo che Nietzsche rivolga implicitamente anche al penalista questo perdurante messaggio: non ci si illuda di potere spogliare la pena di una ineluttabile e confusa *polifuzionalità*; e non ci si illuda neppure di poterne ridurre la eccedenza di significati e funzioni (alcune anche occulte o latenti), che inevitabilmente ineriscono al punire come fenomeno "sovradeterminato" (in senso storico, politico, antropologico, sociologico, psicologico, giuridico ecc.), ma anche di poterla una volta per tutte emancipare da persistenti componenti inintenzionali e irrazionali a carattere emotivo. Non ne costituisce, del resto, emblematica conferma la concezione cosiddetta polifunzionale della pena, dominante da tempo anche nella giurisprudenza costituzionale?. Certo, ciò non vuol dire che – per rilesso dei differenti contesti politici,

---

[49] M. DONINI, *op. cit.*, 5.

[50] F. v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *ZStW*, 1883 (vol, 3, 1 ss.); trad. it. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

[51] F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, trad. it., Milano, 1984, 69.

dei mutamenti culturali e di sensibilità collettiva – la dottrina penalistica del momento storico considerato e i legislatori d turno non possano tendere a considerare prioritaria l'una o l'altra possibile funzione. Ma, come l'esperienza degli ultimi decenni dimostra, la preferenza in linea di principio accordata al principio costituzionalizzato della rieducazione (preferenza, peraltro, divenuta ancora più esplicita nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale) non ha per nulla impedito alla pena *in action* di continuare a fungere da strumento comunicativo e operativo veicolante, sia nella percezione sociale e/o delle vittime concrete sia nella strumentale gestione politico-populista del penale, persistenti messaggi anche di valenza retributivo-vendicativa.

Così stando le cose, non sarebbe allora più conforme a una razionalità sia assiologica sia strumentale, e più chiaro da un punto di vita anche comunicativo rivolto alla generalità dei cittadini, tenere concettualmente, tecnicamente e operativamente separata la prospettiva di una riparazione *non punitiva* da quella inevitabilmente polisemica e polivalente della punizione?[52] Una scelta di questo tipo comporterebbe in teoria , com'è intuibile, un grande impegno della stessa dottrina penalistica a creare – con l'auspicabile e necessaria collaborazione di esponenti di altri settori disciplinari (anche extragiuridici) – un binario o comparto giuridico autonomo adatto a recepire l'insieme delle fattispecie penali (ma domani definibili in linea teorica anche in altro modo, per spezzare appunto il nesso di corrispondenza con la pena!) da trattare con parametri di giustizia *lato sensu* riparativa. Ma è evidente che una eventuale scelta in tale direzione, che personalmente tenderei a preferire, richiederebbe – per non rimanere nel libro dei sogni, è forse superfluo ribadirlo – un generale contesto politico-culturale di riferimento orientato in senso assai meno punitivista rispetto al contesto attuale. In ogni caso, per tentare di concorrere a promuovere – nel ruolo auspicabile di penalisti teorici disposti anche a fare opera per così dire di pedagogia collettiva fuori dai recinti accademici – i presupposti di una propensione futura a dischiudere ampi spazi alla logica della riparazione, non si potrebbe pretendere di mettere in campo soprattutto ragioni *scientifiche*, anche da scienza più 'debole' che forte; verosimilmente, pesano di più le convinzioni etico-politiche, le preferenze valoriali e i cambiamenti di sensibilità collettiva e individuale. Insomma, concluderei che è una questione – al tempo stesso – molto più e molto meno che scientifica.

[52] Vale la pena ricordare che la distinzione (e non già la combinazione o integrazione) dei due modelli – punitivo e riparativo-riconciliativo – di giustizia è presente, secondo alcuni studiosi di teologia, nella Scrittura vetero-testamenteria, e ciò sembrerebbe poter confermare, piuttosto che la conciliabilità, la diversità dei rispettivi orizzonti di senso: per tutti, G. BELLIA, *Diritto e giustizia nella Bibbia: uno sguardo d'insieme*, in *Etica, giustizia e diritto*, a cura di M. Di Tora, Caltanissetta, 2007, 40 ss.