

Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema

Intervista

Come valuta gli interventi urgenti per fronteggiare la c.d. emergenza carceraria, in parte già attuati con il d.l. 211/2011 dello scorso 22 dicembre e in parte preannunciati quali oggetto di un futuro d.d.l.? Quali altri interventi sarebbero a Suo avviso necessari e/o opportuni in questo settore?

In una intervista del 30 dicembre 2011 al Corriere della Sera il Ministro Severino ha preannunciato altresì interventi urgenti in materia di corruzione (anche privata) e abuso d'ufficio. Quale è la Sua opinione in proposito?

Quali sono, a Suo avviso, le ulteriori 'emergenze' della giustizia penale che potrebbero essere realisticamente affrontate nel breve spazio residuo della legislatura, tenendo conto anche dei vincoli di bilancio che necessariamente condizioneranno qualsiasi possibile riforma?

Rispetto alle tre domande poste, scelgo di affrontare analiticamente un tema soltanto, il terzo, che mi pare una priorità logica e politico-criminale. Sugli altri quesiti mi rimetto a quanto scritto opportunamente da alcuni colleghi che mi hanno preceduto, in particolare ai rilievi molto concreti di Carlo Federico Grosso, e di Francesco Mucciarelli per i reati economici, salvo due brevi osservazioni. Riprenderò invece, nella parte qui svolta, un paio di indicazioni presenti anche nell'intervista di Domenico Pulitanò. Ho molto apprezzato varie misure concrete adottate dal Governo e dal Ministro Severino per la situazione carceraria (penso solo alla Carta dei diritti del detenuto, all'estensione della detenzione domiciliare, alla riforma dell'udienza di convalida degli arresti) e per quella degli infermi di mente (abolizione degli o.p.g.) e l'attenzione dello stesso Ministro per una serie di riforme anche "di cancelleria" (mi riferisco al progetto di informatizzazione totale del sistema di notifiche, deposito e copia atti etc.) che dovrebbero incidere su alcune concause nascoste, ma molto incisive, nel determinare blocchi e rallentamenti della macchina giudiziaria.

Il sistema giuridico, prima di quello penale, è così complesso, e alcuni difetti del ramo penalistico sono così peculiari dell'ordinamento italiano, che i fattori d'ingiustizia e di paralisi rimangono numerosi e nascosti. Tra questi ultimi ce ne sono alcuni di competenza specifica dello studioso. Ogni legislatore sino a oggi ha fallito nell'impresa di una riforma complessiva del sistema. Osservando quanto è accaduto dal 1930, si può anzi ritenere che, paradossalmente, sia stato relativamente facile introdurre riforme parziali, ma non rivedere il tutto. Eppure, per non tentare di svuotare il mare col secchiello, vorrei osservare che, se si ritoccano istituti del diritto penitenziario senza toccare la realtà giuridica che *precede* l'esecuzione, i benefici delle riforme possono apparire come palliativi, a livello complessivo (anche se per i singoli interessati, ovviamente, può essere relevantissimo); che non possiamo chiedere la certezza della pena (che già esiste per alcuni tipi d'autore) e poi pensare di svuotare le carceri, sì che proporre un'amnistia,

magari unita a interventi di edilizia carceraria, può avere un senso razionale solo di fronte a un obiettivo di pena certa (anche se non necessariamente carceraria) anche per gli autori che oggi ne rimangono esenti; a ciò va pure aggiunto che alcune riforme di reati economici o degli amministratori pubblici e privati, di fronte al nulla sanzionatorio attuale, sono sacrosante, ma è doveroso evitare che si ritorni al passato, al controllo giudiziario preventivo permanente sulle politiche d'impresa e sulla p.a., scongiurando il rischio concreto di immettere nell'ordinamento reati ad uso processuale, finalizzati a scopi diversi dalla repressione di delitti in sé accertabili, seri, offese "finali".

Di fronte a interventi settoriali e puntiformi, per quanto apprezzabili, vorrei soffermarmi sull'esigenza di dare una svolta politico-criminale al tema della certezza della pena, insieme a quello della certezza del diritto penale, e sull'esigenza di affrontare poche, ma attuabili riforme di fondo, la cui mancata adozione blocca costantemente le possibilità di un vero rinnovamento.

Ci sono *quattro istituti decisivi* per l'identità codicistica del sistema penale italiano: il rapporto tra delitti e contravvenzioni, il nesso (originario e derivato) fra responsabilità oggettiva e sistema delle circostanze, il concorso di persone, il sistema del doppio binario (pene/misure, capacità a delinquere/colpevolezza, fatto/autore). Mentre l'istituto del concorso di persone non ha necessità urgentissime di modifiche generali, se non in un contesto più ampio di riforme, e ancor più il nesso fra pene e misure e fra delitti e contravvenzioni esige una riscrittura codicistica (ed *extra*) complessiva, è invece possibile un intervento chirurgico che tocchi il sistema delle circostanze, insieme alla logica della responsabilità oggettiva, dando impulso a successive revisioni di più ampio respiro.

Nella situazione intervenuta dopo il 1974, l'eccesso di discrezionalità nella gestione degli aggravamenti di pena ha gettato tutta la commisurazione nel caos assiologico: il giudice (ancor più di quanto non faccia ovunque) decide quale pena dare e poi sceglie se applicare una cornice di pena o un'altra. Il legislatore, sapendo che si fa così, non si preoccupa di moltiplicare le minacce di aggravamenti di pena, cedendo alla (ed eccedendo nella) prevenzione generale, poiché sa che la sproporzione della cornice potrà essere mitigata dal giudice, che ha grande discrezionalità applicativa. Anche per fare fronte a ciò, la sospensione della pena è diventata sempre meno condizionata e sempre più automatica.

Il codice mente sulla realtà punitiva e chi lo legge non capisce nulla.

A mio avviso, il *nucleo duro dell'irreformabilità "costituzionale" del sistema penale*, fonte della sua mutazione in non-sistema, è costituito, nel codice (per le leggi complementari il discorso è più complesso e non può essere affrontato adesso), da un piccolo complesso di norme su circostanze, imputazione degli eventi aggravanti, sospensione della pena, prescrizione, rapporti fra illecito civile e penale e reati contro la vita. A questo aggiungerei, *extra moenia*, la centralità del tema dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e quello del valore di fonte del diritto, e non solo nomofilattico, delle pronunce delle Sezioni Unite. Se si riescono a rivedere questi istituti, si dà una svolta importante a tutto il diritto penale sostanziale, con effetti di lunga durata.

Il fatto è che la situazione è così compromessa, il c.d. sistema è così decostruito che, vincendo il complesso dell'apprendista stregone, pensiamo che non si debba attendere una riforma globale che nessuno è in grado di dire quando ci sarà. E' possibile un intervento chirurgico mirato. Le riforme qui prospettate, peraltro, sono state per la gran parte preparate da "esperimenti parziali" già compiuti, ovvero sono condizionate da normative di fonte europea, suggerite dal raffronto con altri sistemi penali stranieri più vicini, oppure sostenute da progetti di riforma via via redatti, ma mai ancora attuati.

Cerco di offrire un quadro che parta dalla riforma più difficile da attuare, consapevole che le altre due o tre proposte che la seguono, nell'ordine, sono di più facile percorribilità, anche se *solo insieme* esse riescono davvero a comporre un *quadro sensato*.

Si tratta di poche norme di base (con varie altre da riscrivere come corollario), che

riguardano, in primo luogo, ma non solo, il sistema sanzionatorio, orientate al recupero di **certezza della pena e certezza del diritto**.

La **prima riforma** mira ad affermare il **principio: “la definizione della responsabilità (il titolo del reato) governa la commisurazione della pena”**, e non viceversa, come accade oggi. Pare semplice, ma sarebbe una rivoluzione culturale. Tecnicamente ciò implica: a) *de futuro*, che si prevedano solo ipotesi aggravate autonome e non circostanze aggravanti ad effetto speciale; b) *come oggetto di riforma immediata*, la **revisione dell’art. 69 c.p.** e il monitoraggio di tutte le cornici edittali che esso coinvolge.

In particolare, la previsione generale di una regola che stabilisca che tutti gli *aggravamenti* e tutte le *attenuazioni di pena* contemplati nell’ordinamento vigente, che siano *superiori a un terzo* della pena edittale prevista per il reato di base al quale si riferiscono, o *determinati in modo autonomo*, sono *sottratti al bilanciamento ex art. 69 c.p.*, e dunque *alla discrezionalità giudiziale*. Con *esclusione delle circostanze inerenti alla persona del colpevole*, quali età e recidiva, che devono potere essere applicate e personalizzate, in quanto inerenti alla persona del colpevole, e non “fatti di reato”. Recidiva e semi imputabilità, quindi, potranno entrare in un bilanciamento *ex art. 69 c.p.* rispetto alle circostanze ad efficacia comune.

Per precisare meglio: non è che *le attenuanti* autonome e ad efficacia speciale siano di per sé titoli di reato autonomo. Possono continuare a rilevare oggettivamente come circostanze in senso tecnico. E’ più pratico. Il discorso è invece diverso per *le aggravanti* (non ordinarie), che devono essere lessicalmente convertite in “ipotesi aggravate”, o “forme aggravate”: es. art. 583, 609-ter, 625 c.p., art. 4 l. n. 75/1958, art. 295 d.p.r. n. 43/1973, 219 l. fall., etc.). Già dal 1990 (art. 59 cpv. c.p.), esse vengono sottoposte in automatico a criteri di imputazione soggettiva. Ora, però, compensando l’aggravamento degli effetti del mancato bilanciamento, sarebbero sottoposte alle regole “comuni” dell’art. 43 c.p. (diverse da quel “miscelatore soggettivo” che è il 59 cpv. c.p.), e alle regole sul concorso di reati (e sui consueti criteri di specialità, assorbimento, consunzione). Imputazione *dolosa*, dunque, salvo previsione espressa di colpa. Con qualche correzione *ad hoc*.

Il problema è che molte di queste ipotesi (quasi tutte quelle successive alla riforma del 1974) sono state “pensate” in origine come bilanciabili: minacce generalpreventive che la discrezionalità del giudice può azzerare per compensare un eccesso di prevenzione contro le esigenze della colpevolezza. Esse pongono esigenze di revisione delle cornici, che sono questioni di parte speciale disseminate per tutto l’ordinamento (codice e leggi complementari), ma risentono di un ‘tasso di responsabilità oggettiva’ collocato a monte della disposizione: l’indifferenza alla distinzione dolo/colpa e l’abbandono a logiche puramente commisurative che hanno svuotato l’esigenza di riforma delle fattispecie dandole in gestione alla discrezionalità della prassi, via via accentuata, dopo il 1988, dai riti alternativi.

So bene che una riforma pensata scientificamente dovrebbe suggerire tutta la revisione di ogni singola fattispecie di delitto aggravato, o ipotesi aggravata, secondo uno studio analitico, “reato per reato”. Ma in effetti *ciò deve essere fatto e può essere realizzato in poco tempo* senza riformare il codice penale, sia perché è un intervento che tocca anche le leggi speciali, sia perché lascia formalmente intatto il 90% delle norme (e dei reati principali, di base) del codice penale, ma **disinnesca il binomio “responsabilità oggettiva/discrezionalità” delle aggravanti ad effetto speciale**. Il problema è che *se attendiamo la riforma di tutto il codice non sciogliamo mai il ‘nodo gordiano’ del nesso fra circostanze, delitti aggravati e sistema sanzionatorio, che blocca ogni riforma pensata – come dovrebbe essere – sul nesso profondo fra responsabilità colpevole e pena*.

Si aggiunga a ciò un altro rilievo, che riguarda le **condizioni epistemologiche nascoste di un sistema**: ci sono, tra le aggravanti, alcuni delitti aggravati in senso stretto, che spesso sono reati contro (o che offendono anche) l’incolumità e la vita. Il vero è che chi non sa riformare questi delitti, non ha *l’unità di misura di un codice*, il bene-vita,

appunto, *che fa da metro per ogni gerarchia di valori*, senza il quale un codice è smarrito.

Si tratta di **restaurare davvero il principio di colpevolezza**.

La commisurazione della pena, e dunque la discrezionalità giudiziale (via bilanciamento), non può decidere se applicare una cornice di pena o un'altra solo mirando al risultato concreto raggiungibile di tamponare un eccesso legislativo d'origine. Alcuni eventi aggravanti tradizionalmente furono ricondotti alla responsabilità oggettiva ex art. 42, co. 3, c.p. e oggi sono riconvertiti *de plano* nel segno del *nullum crimen sine culpa*: però, *in entrambi i casi, sono titoli autonomi di reato*. Difficile, quindi, dire oggi con atto d'imperio che sarebbero *tutte circostanze*. Ci sono troppe questioni "di parte speciale".

Più facile prescrivere che debbano seguire l'imputazione di cui all'art. 43 c.p. come ipotesi aggravate. Insisterei per introdurre, in caso di mantenuto aggravamento per le conseguenze non volute, e quindi in caso di pena superiore a quella del concorso tra fatto doloso e reato colposo, la **previsione espressa della colpa grave**, l'unica che spieghi l'aggravamento stesso: applicandosi il concorso di reato doloso e colposo comune (e non il delitto "aggravato") in caso di *colpa non grave*¹.

La **riforma dell'art. 69 c.p. e dell'art. 42, co. 3, c.p.** restituisce dignità commisurativa al sistema. Essendo **incostituzionale** l'art. 42, co. 3 (come il vecchio art. 5 c.p.), s'impone da troppo tempo una riscrittura di "tutto il sistema di imputazione soggettiva" del reato (C. cost. n. 364/1988): non avere adempiuto a questo obbligo è stato (fra le altre concause) all'origine della mancata riforma del codice penale, ma anche della sua permanente crisi sistemica.

Questa riforma segnerebbe (lavoro progressivo e indefinito nel tempo) l'**avvio di una revisione delle cornici edittali**, che rappresentano oggi uno scandalo nazionale ("σκάνδαλον", impedimento, trappola, alla giustizia) di sproporzione retributiva, gestibile solo con forme di cinico pragmatismo, che esprimono **la quintessenza del «non sistema» vigente** (e sto misurando le parole).

Ritengo, peraltro, che le discrasie sanzionatorie dovute a limiti edittali pensati in un codice a responsabilità oggettiva e poi rimodulati in seguito (dopo il 1974) nel regime delle circostanze "tutte bilanciabili" possano impegnare per *poche settimane* una commissione dotata di delega parlamentare nell'opera di *restyling* delle cornici edittali *direttamente interessate* dalle fattispecie più coinvolte dalla riforma degli artt. 69 c.p. e 42, comma 3, c.p., onde evitare un ingiustificato rischio carcerario in alcuni casi.

La **seconda normativa** introduce una sorta di previsione "costituzionale", per il sistema penale, del **principio** che "**il delitto non paga**", e impone la confisca del suo profitto-provento. Essa riguarda l'introduzione obbligatoria, in generale, della **confisca per equivalente** del profitto-provento del reato quale regola da introdurre quale sanzione autonoma (non misura di "sicurezza"), distinta dal vecchio art. 240 c.p., con destinazione primaria di quanto confiscato alla vittima. Tale regola, peraltro, imposta dalla decisione-quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 e mai attuata, andrebbe limitata ai delitti dolosi e non dovrebbe comportare duplicazioni di sanzioni: se alla vittima va consegnato il confiscato, non si può raddoppiare con *bis in idem* un obbligo di risarcimento, se non per voci di danno distinte e ulteriori (danni morali, altre tipologie di danno).

Se non c'è vittima, il confiscato andrà ovviamente allo Stato, conservando l'istituto,

1. Non mi dilungherei sulla possibilità, per queste forme aggravate autonome, di applicare implicitamente la preterintenzione, intesa oggi come dolo più colpa. Molto più importante dell'accordo degli studiosi su questo punto (dolo + colpa grave, o preterintenzione intesa come dolo + colpa grave) è che: a) venga espressamente *abolito l'istituto della responsabilità oggettiva previsto dall'art. 42, co. 3, c.p.*, del resto incostituzionale, e che b) le aggravanti ad effetto speciale o autonome per conseguenze *non volute* siano ritenute in automatico ipotesi di dolo più colpa aggravata, almeno fino a quando non si possa rivedere il tutto attraverso una più generale riscrittura del codice. Andranno previste o ripensate poche regole per l'assorbimento delle ipotesi-base in caso di plurimi concorsi di figure aggravate o a specialità reciproca.

in tal caso, una distinta funzione. E' così disciplinato anche il rapporto fra reato e illecito civile, perché lo Stato non "incassa" ai danni della vittima, abbandonandola all'azione civile individuale. La protezione della vittima è compito dello Stato, quando accerta un reato, almeno per gli aspetti civilistici connessi a una confisca del profitto, che sono gli unici sicuramente e sempre riparabili. Nello stesso tempo, lo Stato non impone due volte la stessa sanzione (come "confisca" e come "restituzione-risarcimento") quando essa trae origine dal calcolo del medesimo atto illecito (il profitto del reato, per es., corrispondente al depauperamento corrispettivo della persona offesa-danneggiata).

La **terza riforma** mira ad attuare il **principio**: "la pena trova sempre applicazione in assenza di risarcimento del danno o di riparazione dell'offesa". Essa concerne la **sospensione condizionale della pena** (art. 163 ss. c.p.) e la sua esclusione in caso di mancato risarcimento o, in alternativa all'impossibilità del risarcimento, di mancata riparazione dell'offesa. La confisca dell'equivalente, non significando ancora risarcimento integrale e potendo applicarsi a soggetto che, oltre a restituire, non può risarcire, o può restituire cose che andranno solo allo Stato, lascia spazio a forme di riparazione che saranno anch'esse, in alternativa, il presupposto fondamentale per la sospensione. Il principio che c'è pena senza risarcimento o riparazione non implica però la pena carceraria, se non come *ultima ratio*. La riparazione, in primo luogo, potrà ovviamente avvenire anche nelle forme di un percorso figurativo rispetto a vittima diversa da (sostitutiva di) quella reale (come nella mediazione, secondo il **principio** che "la vittima reale non può impedire all'autore del fatto di seguire un percorso di riparazione"), di lavoro di pubblica utilità etc., e quindi anche se la vittima reale non sia consenziente o presente. Poiché l'effetto del mancato bilanciamento *ex art. 69 c.p.* delle circostanze aggravanti autonome o ad efficacia speciale sarà di possibile aumento del carico sanzionatorio, tale conseguenza verrà temperata, oltre che da un elemento soggettivo più selezionato (*v. retro*), da una modifica dell'art. 62, n. 6, seconda parte, c.p., nel senso dell'**aumento delle ipotesi di mediazione**. Decisiva, nel quadro tracciato, **un'estensione della sospensione condizionale della pena** (per es. fino a tre anni di pena detentiva).

Inoltre, il mancato risarcimento o la mancata riparazione, pur escludendo la sospensione della pena, non deve significare che non si accede alle sanzioni alternative al carcere. Né deve significare che non si accede al patteggiamento: **l'applicazione della pena su richiesta non deve essere condizionata al risarcimento e alla riparazione se questi già condizionano la sospensione della pena**. Anziché condizionare l'*an* dell'applicazione dell'art. 444 c.p.p., che ha finalità processuali, il mancato risarcimento condizionerà in linea di principio solo l'entità della pena concordabile, cioè il *quantum*.

Si tratta di tre riforme fondamentali (con selettive modifiche sostanziali e processuali annesse e connesse) capaci di ridare all'intero sistema penale *un volto nuovo* in termini di nesso fra responsabilità e pena, senza necessità immediata di impegnare per una mezza legislatura un'altra commissione di riforma nella revisione dell'intero codice penale e delle connesse questioni di leggi complementari, e con probabilità statistica ben più modesta di conclusioni approvate in Parlamento o "dalla politica".

Verso il basso dell'opzione sanzionatoria, avvierei anche un allargamento generalizzato delle **ipotesi di esiguità** (non punibilità/estinzione per irrilevanza del fatto e occasionalità del comportamento), e implementerei – come detto – gli istituti di **giustizia riparativa**, con ipotesi di non punibilità in vari reati patrimoniali a base non violenta, a seguito di riparazione e risarcimento (congiunti) volontari.

E', questo, un ultimo tassello per impedire che il maggior rigore sanzionatorio (per es. in materia di furto, dove pure, come in altri casi, sarebbero necessarie modifiche di parte speciale per riordinare le cornici delle plurime aggravanti) possa essere visto come espressione di una giustizia di classe: ciò che sarebbe realmente, in caso contrario, dato che i destinatari sicuri della pena saranno statisticamente i soliti tipi d'autore, che è la

società a scegliere e condizionare, prima del sistema penale.

Accanto al **principio** della **certezza della pena**, penserei a un'altra norma di agevole introduzione, che riguarda la **certezza del diritto**. Si tratta, in particolare, dell'estensione al diritto penale di una riforma "di sistema" già attuata in diritto civile e in diritto amministrativo: vale a dire il **vincolo del precedente** delle Sezioni Unite, o dell'Adunanza plenaria del C.d.S., rispetto alle decisioni in diritto delle Sezioni semplici, oggi previsto rispettivamente dagli artt. 374, co. 3, c.p.c. (dopo il d. lgs. n. 40/2006) e 99, co. 3, c. proc. ammin. (d. lgs. n. 104/2010), ma non presente nel codice di procedura penale².

Tale mancata estensione è oggi ingiustificabile e si può realizzare con un tratto di penna. Soprattutto, però, essa rappresenta un contributo alla certezza del diritto, se intesa non solo come vincolo di un precedente individualizzato, ma altresì come vincolo di un'interpretazione generalizzante. In questo caso, l'interpretazione giudiziale, se *in bonam partem*, si applicherà retroattivamente; se sfavorevole, varrà solo per il futuro. Quanto più generalizzante, però, tanto più sarà suscettibile di *distinguishing* e dunque di essere rivista di fronte a casi differenziati³.

Altre riforme generali che possono contribuire alla certezza del diritto e della pena sono la disciplina legislativa dei **criteri di priorità** nell'esercizio dell'azione penale, e una revisione ulteriore della **prescrizione del reato**, oggi insoddisfacente: infatti, insieme alla riforma delle disposizioni sul vincolo del giudicato delle Sezioni Unite rispetto a quelle semplici, i criteri di priorità e la disciplina della prescrizione rendono prevedibile l'accertamento della verità processuale e il programma generalpreventivo della politica legislativa, oltre che più controllabile l'operato della selezione giudiziale degli autori dei reati, altrimenti rimessi a intollerabile discrezionalità di fatto.

Per il sistema carcerario, ritengo anch'io che un'ipotesi generale di **amnistia**, prima di partire con l'introduzione di un nuovo assetto punitivo *come quello sopra disegnato*, potrebbe avere un senso concreto molto rilevante. Punto e a capo.

2. *Amplius*, sul tema, quanto osservato di recente in M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, 63 ss., 92 ss.

3. Un bilanciamento *sul piano deontologico* di questa innovazione di sistema potrebbe essere costituita dall'espressa previsione che l'interpretazione analogica sfavorevole, in diritto penale, è illecito disciplinare, se compiuta con dolo o colpa grave. Tuttavia è mia opinione che (per quanto ciò possa sembrare paradossale, trattandosi di un divieto basilare del diritto penale) i penalisti non abbiano a sufficienza le idee chiare su cosa è veramente l'analogia, sì che attenderei prima di introdurre una regola sanzionatoria nuova, che invece ritengo implicita, come precetto, nel sistema deontologico del giudice penale.