

Paradossi e limiti della attuale *realpolitik* in materia penale

David Brunelli

I. Primo paradosso. Come si sa, è difficile disporre di aggettivi e di metafore che possano descrivere adeguatamente lo stato odierno della giustizia penale in Italia. Basti dire che quasi trent'anni fa, nel 1986, nel corso di una Conferenza nazionale sulla giustizia organizzata dall'allora ministro Martinazzoli, già si diceva che la giustizia penale era in agonia e che si trattava di un malato terminale. Quel corpo così malmeso non solo è stato esposto ulteriormente all'ingiuria degli anni, ma ha subito il devastante *shock* del nuovo processo penale "accusatorio", variamente aggiustato e adeguato nel tempo, il quale, al di là della dubbia resa in termini di efficacia, ha comportato dei costi ingenti in termini di efficienza e di speditezza.

Non solo, sul piano del diritto sostanziale la trama delle incriminazioni ha subito un massiccio incremento, anche dovuto all'ansia di rincorrere sbandierati traguardi europei o internazionali, mentre il sistema sanzionatorio, nel quale sono confluiti opposte esigenze politico criminali e contraddittori segnali, ha dovuto ospitare gli strumenti più svariati, sino a farsi praticamente indecifrabile e ingestibile: in un nevrastenico moto circolare alla tendenza alla decarcerizzazione ha tenuto dietro una rincorsa alla carcerizzazione per tipo d'autore, con l'introduzione di circuiti fortemente differenziati basate su inaccettabili presunzioni e soverchianti pregiudizi, il tutto materializzato attraverso una congerie normativa tecnicamente illeggibile.

Il risultato odierno è sotto gli occhi di tutti ed ecco perché la sua descrizione non può essere più affidata a aggettivi o metafore: tutti peccherebbero per difetto!

Accanto ad un disastro pratico di proporzioni incalcolabili, si pone un quadro teorico niente affatto tranquillizzante. Non molti studiosi sono ancora disposti a giurare sul modello prevenzionistico, che ruota attorno all'ipotizzato messaggio che l'ordinamento rivolge al consociato su ciò che può fare e ciò che non deve fare e sulla possibilità che la pena funga da efficace contropinta alla spinta criminosa. Al di là dell'inefficienza del sistema di applicazione della pena e, dunque, di concretizzazione della minaccia, la costruzione è in crisi di identità anche presso gli studiosi non italiani, non afflitti da un simile preliminare ostacolo. Che il diritto penale possa fungere da principale strumento di tutela di beni giuridici e da freno ai vecchi e nuovi fenomeni criminosi è molto dubbio anche in termini concettuali e non solo per le deludenti prove sinora fornite; mancando una qualunque spiegazione condivisa e attendibile circa le cause della delinquenza, e dunque una diagnosi dei fenomeni criminosi, la

pena rischia di essere malinconicamente inghiottita nella prospettiva della vendetta sociale e di giocare solo un ruolo di rassicurazione psicologica della massa, giuridicamente regolato.

Dov'è il paradosso? Semplicemente nella constatazione che pur in queste condizioni nessuno si è inventato niente di diverso dalla pena e dalla giustizia penale; anzi, nella constatazione che presso l'opinione pubblica, e - conseguentemente - presso la classe politica che quella opinione cerca di intercettare e mediare, la pena non è affatto in crisi di identità e la giustizia penale è sempre più considerata come il rimedio naturale al crimine, come il luogo di riparazione delle ingiustizie. Il bisogno di infliggere la pena ai delinquenti non solo non si attenua, ma anzi cresce in parallelo con l'incremento delle devianze e dei fenomeni di rottura degli equilibri sociali, con l'insofferenza verso i "nemici", con la radicalizzazione dei conflitti. Pure in queste condizioni il diritto penale appare insostituibile, perché strumento di agevole gestione politica "a costo zero", maneggevole vessillo nella strategia degli annunci, espressione di forte carica simbolica di stigmatizzazione.

Tanto peggiore è la resa della giustizia penale, tanto più fragile è la giustificazione teorica della pena, quanto più forte si presenta il bisogno sociale di punizione, la rincorsa politica alla rassicurazione che crea l'annuncio della incriminazione e della inflessibilità sanzionatoria. In questo consiste il primo dei paradossi: il diritto penale gode di ottima salute seppure la giustizia penale sia da tempo deceduta!

2. Il secondo paradosso muove dal primo. Quale diritto penale si dovrebbe concepire dalle macerie dell'attuale? Quale diritto penale si aspetta un'opinione pubblica che ripone le proprie speranze sulla capacità della pena di trattenere i delinquenti e di colpire e rigenerare i colpevoli?

La risposta dovrebbe essere agevole. Se si vuole ancora scommettere sulla pena, soprattutto per promuovere un modello di società in cui sia distinguibile il giusto dall'ingiusto, il corretto dallo scorretto e, in definitiva, ciò che si può fare da ciò che non si deve fare, il messaggio deve arrivare chiaro e nitido; nettezza delle incriminazioni e delle risposte sanzionatorie, unita alla semplicità e alla funzionalità del sistema sanzionatorio *in action*, dovrebbero costituire le condizioni essenziali per scommettere ancora sul diritto penale.

Del resto, perché in questi giorni si percepisce una diffusa avversione nei confronti della ventilata e sempre più necessaria amnistia? Semplicemente perché la durezza dei tempi mal tollera colpi di spugna, cancellazioni, soluzioni di compromesso, privilegi e sconti: «chi ha sbagliato paghi», si sente dire

sempre più spesso.

La pena è percepita come una questione seria, non cancellabile con un ripensamento; ma allora, anche per determinarne l'applicazione al caso singolo occorre chiarezza, precisione, riconoscibilità del confine, nettezza di contorni. L'unico diritto penale concepibile è un diritto penale "di lotta": il consenso sociale sulla pena applicata («nessuno faccia sconti!») implica previo consenso sociale sulla pena da applicare («questo è il delitto e questa è la pena!»). In tanto solida può essere la pena applicata in quanto la stessa solidità doveva riconoscersi alla pena da applicare.

Ebbene, il secondo paradosso è che al bisogno - nonostante tutto - della pena come fattore di assicurazione e di giustizia socialmente avvertito corrisponde una produzione normativa incapace di esprimere alcuna strategia di politica penale. Il diritto penale si comporta né più né meno come qualunque altro settore politicamente rilevante; fiaccato da scorribande, percorso da trattative, oggetto di scambio e di ricatto, offre soluzioni compromissorie, frutto di equilibrismi politici e di scelte cerchiobottiste, capaci di ospitare qualunque opzione e, dunque, di essere il prodotto di nessuna opzione. Un diritto penale ingessato, proteiforme, complesso, fantasmagorico: una sorta di supermarket dove si trova di tutto e a buon prezzo. Un diritto penale non di lotta, ma "di governo".

3. Il *trend* non è nuovo e, anzi, percorre gran parte della politica penale del dopoguerra, rivelandosi incapace di esprimere un nuovo codice penale, confermata sempre e solo in balbettanti riforme, eventualmente seguite da puntuali controriforme. Così, nel corso degli ultimi decenni, quanto ai fremiti securitari che hanno a più riprese contrassegnato innumerevoli interventi emergenziali, quasi sempre l'effetto di annuncio o di messaggio ha sopravanzato l'effettiva portata tecnica e pratica della innovazione; quanto, invece, ai fremiti garantistici e innovatori, la mediazione politica ne ha costantemente annacquato la resa e depotenziato l'impatto. Quanto all'altalena legalità *versus* discrezionalità giudiziale, alla frequenza delle oscillazioni verso l'uno o l'altro dei criteri di ripartizione dei compiti ha corrisposto una sostanziale ponderazione degli interventi correttivi, quasi che la rotta dovesse essere soltanto marginalmente adeguata, mai invertita, e con manovre accorte e soppesate.

Un effetto di ulteriore cauterizzazione del sistema l'ha poi svolto costantemente il diritto vivente, che ha visto una giurisprudenza niente affatto pronta a recepire le novità e più che altro dedita a minimizzare la portata dell'innovazione legislativa; un atteggiamento che talvolta si è tradotto in una

sorta di sfida al legislatore, lanciata brandendo i vessilli di un nostrano giusnaturalismo.

Solo che la prudenza e l'equilibrio, virtù in genere raccomandabili anche in politica, diventano vizi esiziali quando si tratta di allestire una politica penale in grado di imprimere una svolta stabile e autorevole ad un sistema collassato e ormai incapace di svolgere alcuna funzione.

In tempi recenti, è noto come la XVI legislatura, caratterizzata per scarsissimo attivismo nel campo della giustizia penale, si è chiusa con un intervento politicamente significativo nella lotta alla corruzione, che tuttavia, sotto il profilo squisitamente penalistico, incarna mirabilmente il prototipo del minimalismo e dell'equilibrismo riformista.

Nuove norme incriminatrici chiamate a convivere con le vecchie e a farsi spazio in una foresta già molto affollata, creando insormontabili grovigli interpretativi, attorno ai quali l'ingegno della giurisprudenza è chiamata a dare il meglio di sé; nuove linee politico-criminali emergenti senza molta convinzione e più che altro per supposte pretese europee, chiamate a forgiare pasticciate risposte sanzionatorie; formulazione di norme in cui le parole dei precetti penali - quelli che dovrebbero orientare i consociati - più che scolpite nella pietra rappresentano la frettolosa riproduzione di "pizzini" parlamentari dell'ultima ora, partoriti dal compromesso politico; comminatorie penali sapientemente calibrate attorno alle conseguenze pratiche che determinano (prescrizione, custodia cautelare, sospensione condizionale della pena), ma non sempre ispirate a equità e proporzione anche sistematica.

Quanto al primo scorcio della XVII legislatura, apertasi nei discorsi di tutti i partiti con un potenziale slancio innovatore, in un clima da "ora o mai più!", i prodotti normativi già lanciati e quelli in rampa di lancio non sembrano discostarsi dal consueto *cliché*. Ancora una volta domina la logica del compromesso tra opposte esigenze, la politica penale della composizione del conflitto, insomma la *realpolitik*. E ancora una volta dovremo commentare il risultato minimo, la modesta oscillazione, l'aggiustamento del tiro.

4. Diamo un rapido sguardo a cosa bolle in pentola.

Certo, non si può sperare che attraverso un decreto-legge allestito in gran fretta per dare una immediata risposta al problema del sovraffollamento carcerario, tacitando provvisoriamente la Corte europea dei diritti dell'uomo che ci ha rivolto la non onorevole né lieve accusa di violare l'art. 3 CEDU, si possa porre mano ad una grande riforma del sistema sanzionatorio. In materia, la diffusa ed agevole risposta secondo la quale per risolvere il problema del so-

vraffollamento basta costruire nuove carceri, non incontra solo obiezioni di natura “economica”, particolarmente invalicabili in un momento come l’attuale, ma non tiene conto che il nostro ordinamento non ha ancora chiarito il “perché” si vada in carcere, il “quando” si debba andare in carcere, e, soprattutto se chi oggi va in carcere davvero lo meriti ovvero se l’evenienza non sia legata ad un accidente, alla sfortuna, ad un equivoco dettato a sua volta da un sovraffollamento, non di persone ma di norme.

Il sovraffollamento carcerario non costituisce, infatti, che la punta dell’*iceberg* di un problema ben più imponente e radicale: quello della correttezza nella gestione della pena, che coinvolge profili di equità, di efficienza e di efficacia, impossibili da risolvere senza una completa rifondazione del sistema. Il sovraffollamento è la forma di manifestazione più acuta del problema, e qualunque intervento tampone, provvisorio, occasionale rischia di nascondere il sintomo per un po’ di tempo, finendo per rendere ancora più grave e incurabile la malattia.

A parte ciò, le previsioni del decreto legge 1° luglio 2013, n. 78, confermano la tendenza a individuare soluzioni di compromesso tra opposte esigenze: la prospettiva di decarcerizzazione soprattutto per le pene o i residui di breve durata (calcolo anticipato della liberazione anticipata) si arresta ancora una volta di fronte ai reati di cui all’art. 4 *bis* l. 26 luglio 1975, n. 354, con la conseguenza che le misure di favore introdotte accentuano ancor di più il divario che separa i due binari nell’esecuzione della pena, quello ordinario e quello di cui al citato e famigerato art. 4 *bis*. Il Dl Cancellieri conferma l’odioso regime di presunzioni su cui si fonda l’esclusione di tutte le misure di decarcerizzazione per taluni tipi di condannati. Così, per esempio, il condannato per violenza sessuale che ha affrontato da libero il processo, magari avendo già scontato un periodo di custodia cautelare, deve necessariamente rientrare in carcere in fase di esecuzione della pena, anche se il residuo di pena da scontare sia inferiore (o prossimo) ad un anno, perché l’art. 4 *bis* impone a tale tipologia di delinquente l’obbligo di sottoporsi all’osservazione scientifica della personalità in regime intramurario e, inoltre, impone un termine non inferiore all’anno di durata dell’osservazione, senza neppure calibrare tale periodo in funzione della complessiva durata della pena inflitta.

Si tratta di una presunzione inaccettabile ed evidentemente incostituzionale, non solo non eliminata dal Dl Cancellieri, ma anzi resa dallo stesso ancor più evidente ed odiosa.

Il metodo della discriminazione per tipologia di condannato non cambia, ma cambia l’individuazione del “nemico” da emarginare: il co. 9 dell’art. 656

c.p.p., destinato ad individuare i casi in cui non si applica la sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi da parte del p.m. in attesa della decisione del giudice di sorveglianza sulle misure alternative richieste, aggiorna l'elenco in linea con le più attuali "sensibilità" della nuova e variegata maggioranza parlamentare. Sul punto è significativa la modifica che il Dl. ha subito in corso di conversione. Mentre il governo aveva espunto dal novero i piromani, i topi d'appartamento, i ladri in genere (dopo che la Corte costituzionale aveva già espunto gli immigrati clandestini) nonché i recidivi reiterati, e vi aveva inserito i condannati per maltrattamenti in famiglia con conseguenze lesive o mortali (non volute) e gli *stalkers* (ma solo nel caso dell'art. 612 *bis*, co. 3 c.p.), il parlamento ha fatto rientrare nel girone descriminatorio i piromani e i topi d'appartamento.

Discussioni ed equilibri politici si giocano attorno a pennellate di attualità nell'ambito una politica penale molto attenta al particolare, come se il problema riguardasse solo i dettagli e non il disegno nel suo complesso.

5. Trattative, affinamenti, sapiente calibrazione di regole, deroghe, eccezioni e controderoghe caratterizzano i passaggi parlamentari di altri disegni di legge che sembrano destinati a giungere al traguardo dell'approvazione.

Sempre in tema di sanzioni, pende al Senato il disegno di legge n. 925 dei deputati Ferranti e altri, che ha già avuto l'approvazione della Camera, il quale contiene delega al governo per la previsione della reclusione o dell'arresto «presso il domicilio» come pena principale e l'introduzione diretta nel sistema dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova. Entrambe le misure, muovendosi nell'ottica della decarcerizzazione, vanno giudicate positivamente; ma il limite dell'operazione è ancora una volta quello di innestarsi su un corpo già derelitto e stremato dagli innumerevoli interventi subiti, con la conseguente seria possibilità di produrre sul piano pratico risultati aberranti rispetto agli scopi dichiarati. Basti pensare che, in mancanza di una completa riscrittura delle comminatorie edittali, la nuova pena "principale" non potrà che consistere in una ulteriore pena "sostitutiva" affidata al giudice, a sua volta chiamato a "regolare il traffico", ancora una volta con l'unico indecifrabile strumento dell'art. 133 c.p. Peraltro, nel testo attualmente in discussione non è neppure chiaro se il limite della sostituzione, indicato in sei anni di reclusione per i delitti, sia quello della pena irrogata in concreto o quello del massimo edittale. A parte ciò, è evidente che in questo contesto la decarcerizzazione passa comunque attraverso un pericoloso processo di delegittimazione della pena, attuato con strumenti normativi farraginosi e compli-

cati, la cui gestione rischia di generare intollerabili iniquità e diseguaglianze, favori e privilegi.

L'altro disegno di legge che sembra godere di un vento favorevole per giungere al traguardo è il n. 19, in discussione presso il Senato, ad iniziativa dei senatori Grasso ed altri. Interviene in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio, e in tutte queste materie, peraltro non sempre con tecnica apprezzabile, tende a realizzare modifiche e aggiunte ispirate da scelte di segno contrario rispetto a quelle di recente effettuate dal legislatore. Basti pensare alla cancellazione della previsione di pena per colui che si lascia indurre a dare o a promettere nel caso del reato di nuovo conio di cui all'art. 319 *quater* c.p., novità, questa, che era stata sbandierata come uno dei punti qualificanti della legge n. 190 del 2012, siccome imposta in sede europea, e che aveva giustificato la problematica scissione tra le due originarie figure di concussione (per costrizione e per induzione). L'approvazione della proposta contenuta nel disegno di legge Grasso comporterebbe, dunque, un completo ed immediato *revirement* legislativo sul punto, con un evidente effetto di disorientamento degli operatori.

6. Al di là della fondatezza delle scelte su cui si basano simili ritocchi del sistema, il legislatore sembra ancora una volta molto lontano dal percepire come il diritto penale, sulla cui resa evidentemente e nonostante tutto ancora una volta si vuole scommettere, non si presta alle scorribande parlamentari orchestrate dalle contingenti maggioranze politiche e fomentate dalle *lobbies* in auge nelle varie pieghe delle legislature. Il sistema penale nel suo complesso richiede, come condizione preliminare, autorevolezza e stabilità, semplicità di impiego e chiarezza di contenuti.

Tale condizione preliminare va ricostruita partendo dalle basi del sistema; in assenza di una rifondazione radicale, qualunque intervento contingente, fosse anche quello tecnicamente più raffinato e politicamente più condiviso è destinato al sicuro fallimento. Proporre ancora - come si sente dire in questi giorni a proposito dei compiti delle commissioni ministeriali di nuova istituzione - agli studiosi di fabbricare ordigni di pronto impiego per tamponare le falle è una scelleratezza pari a (o peggiore di) quella di decidere di non fare nulla.