

# Il diritto penale sostanziale nella produzione normativa della XVII legislatura: una inquietante rapsodia disarmonica

**GIOVANNI FLORA**

Al pensiero di tracciare un bilancio consuntivo delle iniziative legislative (promulgate o anche solo progettate) della scorsa legislatura si affacciano alla mente una serie di immagini che hanno un unico denominatore comune: la mancanza di un disegno chiaro, complessivo, razionalmente fondato di politica criminale. Si dirà che sarebbe stato troppo pretendere scelte più coerenti e “illuminate” in un periodo storico di “perenne campagna elettorale”, di incertezza del quadro politico, di precario equilibrio sociale ed economico, di influenze sempre più invadenti delle fonti sovranazionali; in tempi di repubblica giudiziaria, in cui non solo ha dominato il “formante giurisprudenziale”, ma il diritto penale della prassi (e più particolarmente delle indagini delle procure) e dei processi mediatici hanno sconvolto completamente il quadro della giustizia penale, lasciando il legislatore ad inseguire affannosamente, in inevitabile perenne ritardo, le “aspettative” (chiamiamole così) della società civile. Eppure governare, anche nel campo della giustizia penale, dovrebbe significare non solo cogliere le esigenze di tutela e finanche i bisogni di sicurezza dei consociati, ma soprattutto saperli incanalare, guidare entro i binari della legalità costituzionale.

Così, se non sorprende che non si sia nemmeno tentato di “provare a provare” di scrivere un codice penale nuovo (istituendo una commissione, certo auspicabilmente meno elefantiaica di quelle passate, ma nemmeno necessariamente ispirata al “modello fratelli Rocco, Manzini, De Marsico” – peraltro gli ultimi “legislatori penalisti” degni di questo nome –); non si può però fare a meno di rilevare che il tempo per fare un nuovo codice lo si è trovato: il “codice antimafia” o, se si preferisce, delle misure di prevenzione, ra-

ro esempio di indigeribile, amaro frutto per cui il legislatore del passato quinquennio si consegnerà al giudizio della storia. Un vero e proprio sistema compiuto di sdrucite” fattispecie” di pericolosità soggettiva e di conseguenti misure afflittive, svincolato dunque dal quadriminio *reato-colpevolezza-processo-pena*, sostituito da un sistema di vere e proprie pene personali e patrimoniali, (“pene nascoste” per riprendere una felice espressione di Francesco Mazzacuva), senza reato e, sostanzialmente, senza processo, basate sulla pericolosità, anche generica, del tipo d’autore e dove esercitare seriamente il diritto di “difendersi provando “è pressoché impossibile.

So che molti hanno tentato e tenteranno di “salvare” questa specie di *monstrum*, ma la sostanza delle cose è questa – come ha impietosamente sottolineato nella sua *dissenting opinion* il Giudice Paulo Pinto de Albuquerque nella celebre sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 23 febbraio 2017 - Ricorso n. 43395/09 - Causa De Tommaso c. Italia (leggere per credere!) –.

Né il giudizio può cambiare, pur dovendosi dare atto di un intento minimamente razionalizzatore, in ragione della timida introduzione nel sistema di una norma pomposamente qualificata come (“tendenziale”) riserva di codice, “*al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell’effettività della funzione rieducativa della pena presupposto indispensabile perché l’intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali*”, e “*al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell’effettività della funzione rieducativa della pena presupposto indispensabile perché l’intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali*“. Il comma 85, lett. q) dell’art. 1 della legge n.103 del 2017, prevedeva infatti, per realizzare le sopradette finalità, l’introduzione (appunto tendenziale) del principio della c.d. “riserva di codice in materia penale”. Principio ora inserito nella parte generale del c.p., all’art. 3-bis, con i d.lgs. 1° Marzo 2018, n. 21 (“*nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia* “). Norma che, anche a prescindere dalla erroneità delle finalità che sarebbe chiamata ad assolvere (la funzione rieducativa non c’entra nulla, semmai si sarebbe potuta evocare la funzione di prevenzione generale c.d. “positiva” e la migliore attuazione del principio di colpevolezza), già dalla sua formulazione testuale, si rivela intrinsecamente contraddittoria, ammettendo che non tutte le fattispecie incriminatrici debbano essere inserite nel codice penale, e la cui prima attuazione, contestuale alla sua introduzione, è consistita nel puro e semplice trasloco nella parte speciale codicistica (e anche in quella generale nel caso della confisca “allargata”) di incriminazioni sparse nella legislazione complementare, senza alcuna preoccupazione di minimo coordinamento.

Ma non è la sola *damnosa hereditas*.

Vi sono norme che costituiscono espressione del più tipico populismo legislativo, come l’omicidio stradale (art. 589-bis c.p.) e le lesioni stradali gravi o gravissime (art.590-bis c.p.), lo *stalking* (*pardon*: gli atti persecutori, art. 612-bis) la cui norma è stata salvata, nonostante la sua palese indeterminatezza, dalla Corte Costituzionale dietro la considerazione che c’ha pensato la giurisprudenza (il *diritto vivente*) a renderla determinata (leggere per credere!), il c.d. femminicidio (che naturalmente è fattispecie tipica inesistente come tale), ma sta ad

indicare il complesso delle disposizioni sul (severissimo) trattamento delle violenze di genere (D.L., sì, proprio decreto legge, 14 agosto 2013 n.93, conv. in L. 15 ottobre 2013, n.93).

Alla medesima matrice populista sono poi riconducibili anche tutte quelle che hanno contemplato l'innalzamento delle pene edittali per i reati ritenuti più odiosi (corruzione, furto, rapina, scambio elettorale politico mafioso), con la neanche tanto nascosta finalità di rendere meno probabile la fruizione della sospensione condizionale e dell'affidamento in prova e di allungare i termini di prescrizione. Termini che si è provveduto comunque ad innalzare anche prevedendone il raddoppio per certi illeciti (come ad es. l'omicidio e le lesioni stradali) ed in via più generale intervenendo sui meccanismi di sospensione per un periodo complessivo di tre anni nelle more dei giudizi di appello e di cassazione promossi dall'imputato condannato ed introducendo nuove cause di interruzione; oppure statuendo la decorrenza del termine, per i reati sessuali a danno di minori, dal momento del raggiungimento della loro maggiore età. Tutte disposizioni, queste ultime, che, da un lato, sono frutto della "demonizzazione" della prescrizione, dall'altro fanno emergere un palese disorientamento nell'individuare il ruolo dell'istituto nel sistema (in realtà lo si vorrebbe abolire, ma ne manca il "coraggio").

Altre norme della passata legislatura si caratterizzano per la loro sconcertante indeterminatazza (nel caso del falso in bilancio, espressamente riconosciuta in occasione del dibattito parlamentare e quindi "voluta", con espressa delega alla giurisprudenza per una sua precisa determinazione). Tra queste, oltre ai già citati esempi del falso in bilancio e dello stalking, spiccano quelle sul disastro ambientale (art. 452-quater c.p.) e sulla tortura (art. 613-bis c.p.), quest'ultima scritta con una forma espressiva a dir poco (volutamente?) raccapricciante. Per non parlare di quella che ha nuovamente modificato il regime della "colpa sanitaria" (la ben nota "legge Gelli-Bianco"), sorprendentemente collocata all'interno della parte speciale del codice, nel quale sono state inserite due nuove figure autonome di omicidio e lesioni colposi (artt. 589-*sexies* e 589-*sexies*) e per l'interpretazione della quale sono già dovute intervenire le Sezioni Unite che l'hanno sostanzialmente riscritta, ben si può dire "prescindendo" dall'indecorosa espressione testuale, ancorché in modo non del tutto convincente (Sez. Unite, 22 febbraio 2018 – ud. 21 dicembre 2017 – n. 8730).

Né è mancata l'introduzione di qualche fattispecie incriminatrice "riversata" rispetto alla precedente versione. Tra queste merita particolare menzione, anche per la sua attualità in relazione al noto caso della nave Diciotti, quella che, in esecuzione della Convenzione Internazionale di New York sulla cattura degli ostaggi del 1979, incrimina, comminando una pena da venticinque a trenta anni di reclusione, una ipotesi speciale di sequestro (o minaccia di mantenimento in sequestro) di persona "estorsivo", cioè finalizzato specificamente a costringere anche "uno Stato o una Organizzazione Internazionale tra più governi, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene" (art. 289-ter c.p.).

Certo – mi si dirà – si è tentato anche di inserire nel sistema qualche meccanismo deflattivo: non punibilità/procedibilità per tenuità del fatto, art. 131 bis c.p.; sospensione del processo con messa alla prova (art. 168-*bis*), estensione dei casi di procedibilità a querela (D. Lgs. N.36 del 2018), non punibilità a seguito di condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.), taluna delle quali ha certo anche il merito di valorizzare la finalità rieducativa della pena.

Ma non si è avuto il coraggio di rimediare all'insostenibile sovraffollamento carcerario (che ci è costato plurime condanne della Corte EDU) né con un indulto, né con una amnistia: provvedimenti reclamati perfino da Sua Santità, Papa Francesco, ma troppo impopolari in vista di elezioni, sempre alle porte. Né si è pensato di restringere drasticamente l'area dei comportamenti penalmente rilevanti, magari scegliendo una delle due "vie maestre": intraprendendo una radicale opera di depenalizzazione, oppure introducendo un regime di discrezionalità legislativamente vincolata dell'esercizio dell'azione penale.

Infine, le "elezioni alle porte" hanno "convinto" l'esecutivo a non dar seguito alla legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario, che aveva visto la convergenza di ampi settori della politica, di tutta la magistratura (salva qualche rara eccezione) dell'Accademia e dell'Avvocatura Penale che si erano impegnate nell'arco di tre anni di lavori (negli "Stati generali per la riforma dell'esecuzione penale") per un riassetto del sistema tendente a garantire un più calibrato equilibrio tra esigenze di "certezza della pena" e finalità rieducativa, puntando soprattutto su un allargamento delle ipotesi di applicazione delle "misure alternative" alla pena detentiva, ritenute a buona ragione possedere una maggiore efficacia risocializzativa (in relazione a pene da scontare non superiori a quattro anni) rispetto al carcere.

Non solo, ma la delega ridisegnava completamente l'indigeribile sistema delle misure di sicurezza, in senso più razionale ed aderente alla loro specifica funzione curativo-riabilitativa.

Come è andata a finire ben si sa. Senza comprendere (e senza leggerla ?) che la riforma non si sarebbe affatto risolta in un indiscriminato "svuotacarceri", ma affidava alla Magistratura di Sorveglianza una attenta analisi della "meritevolezza", in relazione a ciascun singolo caso concreto, in ordine alla concedibilità o meno di misure di esecuzione extramuraria della pena da scontare, l'attuale compagine governativa, coerentemente con il "contratto" stipulato tra le forze politiche che la compongono, ha ritenuto di lasciar scadere la delega, in ossequio ad un ottuso e sicuramente mal inteso principio di "certezza della pena". Basti qui ricordare che "certezza della pena" non implica automaticamente che debba trattarsi di "pena carceraria", che plurisecolari studi, da Beccaria ai giorni nostri, hanno stabilito che l'efficacia di prevenzione generale della pena, non dipende solo dalla certezza, ma anche dalla sua equità-ragionevolezza e dalla prontezza della sua irrogazione (quindi v'è insanabile contraddizione tra aumentare i termini di prescrizione e conseguentemente la lunghezza dei processi e perseguire un effetto di prevenzione generale affidato solo allo slogan della certezza); che "certezza", non equivale ad "immutabilità": altrimenti bisognerebbe istituire un sistema di pene edittali fisse che si porrebbe in insanabile conflitto con gli art. 3 (uguaglianza) e 27, primo comma (personalità della responsabilità penale) e terzo comma (finalismo rieducativo) della Costituzione; che tutti convergono nel predicare invece la flessibilità della risposta sanzionatoria. E se nessuno si è mai scandalizzato della flessibilità in fase giudiziale, non si comprende davvero perché ci si dovrebbe scandalizzare della flessibilità in fase esecutiva, che tenga conto **anche** del comportamento susseguente alla condanna, adattandosi ai progressi (e certo anche ai regressi) del condannato sulla via del recupero sociale, come ancora impongono gli artt. 3 e 27 Cost. Chi ha giurato sulla Costituzione dovrebbe rifletterci attentamente.

Ma ciò che si profila all'orizzonte non è certo tranquillizzante.