

Quale diritto penale sostanziale nella prossima legislatura?

A CURA DI GIOVANNI FLORA

Introduzione

DI GIOVANNI FLORA

ORDINARIO DI DIRITTO PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI FIRENZE, VICE PRESIDENTE DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI

La linea di politica criminale del nuovo esecutivo, evidenziata sia nel c.d. “contratto” concluso tra le forze politiche che lo sostengono, sia nelle prime iniziative legislative, sia nelle sempre più frequenti “esternazioni” di suoi autorevoli esponenti, sembra fin troppo chiara (ancorché in buona misura velleitaria).

L'idea di fondo è quella di proseguire sulla strada, già percorsa nella precedente legislatura, del più retrivo populismo, eliminando, o mettendo da parte, nel contempo quei provvedimenti emanati (o emanandi) nello scorso quinquennio, non in linea con i parametri di severità repressiva fatti propri dalla attuale compagine governativa. In somma il fresco legislatore, che viene ormai a coincidere con l'esecutivo, anche per la fragilità dell'attuale opposizione, ritiene di potersi fare interprete diretto della volontà popolare che reclamerebbe maggiore fermezza/durezza nella repressione dei fatti criminosi o, per meglio dire, nella punizione di determinati “tipi di autore”.

Le prime e più eclatanti manifestazioni di questa linea di intransigente severità, che può compendiarsi nello slogan della “certezza della pena (detentiva)”, sono già emerse: con l'abbandono della riforma dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui ampliava il ricorso alle misure alternative al carcere e riorganizzava in modo più razionale e conforme ai principi costituzionali il sistema delle misure di sicurezza; con la presentazione di disegni di legge di riforma della legittima difesa ispirati allo slogan “la difesa è sempre legittima” (chi entra nel domicilio altrui per delinquere, in poche parole, deve poter essere impunemente ucciso); con la proposta (ancora da perfezionare) di sospendere il corso della prescrizione dopo la sentenza di condanna di primo grado, se non al momento dell'esercizio dell'azione penale; con la ventilata istituzione dell’“agente sotto copertura” (?) e del DASPO a vita, per combattere la corruzione; accompagnata da una insofferenza per le garanzie che rallentano il corso della “giustizia” (emblematiche le parole del Premier, un avvocato, dopo il crollo del ponte di Genova di non poter attendere gli accertamenti delle responsabilità da parte della magistratura).

Su alcuni di questi temi seguiranno gli scritti di Gabriele Terranova (sull'ordinamento penitenziario), di Gaetano Insolera (sulla legittima difesa), di Dario Micheletti (sulla prescrizione), per cui posso qui limitarmi solo ad alcune battute introduttive.

Come ho già scritto nell'editoriale, la "certezza" della pena non è l'unico valore che viene in gioco e non è l'unica condizione che garantisce la funzione di prevenzione generale (che è poi quella che evocando la certezza della punizione si vorrebbe perseguire). Le somme che si dovrebbero spendere per costruire nuove carceri e ammodernare quelle fatiscenti attualmente esistenti, meglio potrebbero essere impiegate (a prescindere dai tempi necessari ad attuare questo progetto e dagli importi cui non si è mai nemmeno fatto cenno, perché evidentemente non se ne ha idea) per implementare le strutture degli uffici dell'Esecuzione Penale Esterna, in modo da assicurare una più adeguata istruttoria prima ed un più efficiente controllo dopo la concessione delle misure. Se poi si volesse prendere in considerazione l'idea di una riforma dell'ordinamento penitenziario, e più in generale, del sistema sanzionatorio, che si mantenga in adeguato equilibrio tra "certezza" e funzione rieducativa, l'Unione delle Camere Penali, con il suo Centro Marongiu, ha da tempo elaborato un vero e proprio articolato sotto forma di "legge delega", che ben volentieri mette a disposizione.

Quanto alla prescrizione, punto di partenza di qualsiasi riflessione non può che essere il suo fondamento costituzionale che va rinvenuto negli artt. 2, 25, secondo comma, 27, terzo comma e 111 Cost. e nel diritto europeo, e cioè, oltre che nei principi di garanzia per l'imputato stabiliti dalla Convenzione EDU, anche nella Convenzione sulla protezione delle vittime dei reati.

L'eccessiva lunghezza della pendenza del procedimento penale (diretta conseguenza di termini di prescrizione troppo estesi) in primo luogo condiziona la vita di un essere umano (imputato o vittima che sia) per tutto il tempo della sua durata, il che viola, appunto, l'art. 2 Cost. e la Convenzione sulla protezione delle vittime che devono "avere giustizia" in tempi ragionevoli. Ma l'eccessiva lunghezza può comportare che la sentenza definitiva finisca per riguardare un soggetto ormai completamente diverso da quello che ha commesso il fatto (per es., già completamente reinserito socialmente). Non solo, ma nemmeno la funzione di convalida del precetto violato (uno dei profili fondamentali della prevenzione generale collegata alla categoria della "punizione", implicitamente evocata dall'art. 25, secondo comma Cost.) potrebbe essere efficacemente assolta da una condanna che arriva a lunga distanza dalla commissione del fatto. Evidente poi che la eccessiva lunghezza dei termini di prescrizione comprometta il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

Quanto alla legittima difesa, v'è certo l'esigenza di garantire efficacemente i diritti chi è aggredito nel proprio domicilio e che spesso non è in grado di "misurare" la propria reazione. Ed è certo vero che anche ha la paura "ha i suoi diritti". Tuttavia non è immaginabile che non intervenga la Magistratura a verificare la sussistenza dei requisiti della scriminante, soprattutto, ma non solo, in caso di morte dell'aggressore. Né, in un sistema che comunque tuteli i diritti fondamentali delle persone, è immaginabile che si possa prescindere dai requisiti della necessità di difendersi (che costituisce la stessa legittimazione dell'autodifesa) e della proporzione tra condotta aggressiva e condotta difensiva. Una soluzione equilibrata potrebbe essere quella di far leva sulla mancanza di colpevolezza in chi, aggredito nel proprio domicilio, si difende sotto la spinta di un grave perturbamento psichico causato dall'aggressione. Si potrebbe così inserire un ulteriore comma agli artt. 55 e 59 c.p., statuendo una presunzione assoluta di mancanza di colpa sia nella individuazione dei presupposti fattuali, sia nel superamento dei limiti della scriminante, nei casi di legittima difesa domiciliare.

Per concludere, anche tutte le altre iniziative ventilate dalla nuova maggioranza, ricorso alla figura dell'agente sotto copertura, DASPO a vita per corrotti e corruttori, estensione dell'area del penalmente rilevante espungendo dal sistema le norme "buoniste" approvate nella scorsa legislatura, sembrano porsi in rotta di collisione con i principi fondamentali di un sistema penale liberal democratico quale quello disegnato dalla nostra Carta Costituzionale e, soprattutto, sembrano concepire il diritto penale come improprio strumento di governo dei fenomeni sociali che forse l'attuale maggioranza non è in grado di affrontare con una adeguata politica di riforme sul piano economico sociale. Come del resto è capitato da diversi decenni ad oggi. Da un Governo che si proclama "di cambiamento" era lecito attendersi qualcosa di meglio. Ma non credo che né l'Avvocatura, né la Magistratura ordinaria, né la Corte Costituzionale, né la Corte EDU, rimarranno a guardare.

Il governo della paura

DI GAETANO INSOLERA

AVVOCATO E PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Il marketing elettorale permanente

È questa una stagione della nostra Repubblica nella quale la comunicazione politica è egemonizzata da teatranti camuffati da *leaders* di governo, truci o irridenti in pratiche comunicative ininterrotte e basate sulla mistificazione dei fatti, sullo sfruttamento di ogni occasione, anche quelle più tragiche, che permetta di eccitare emozioni istintive e vendicative di un popolo, ancora con pulsioni retoriche segretamente fasciste, educato dalla disinformazione eccitante ammannita dai media, social e non, alla permanente ricerca di colpevoli da punire, prima ancora di capire le cause degli accadimenti.

Le strategie, quelle che fino ad un recente passato della Repubblica davano contenuto alle ideologie politiche, sono nel solco della reazione antilluministica e antiliberalo o sono cucinate da una opaca società commerciale e benedette da un tribuno che, nella più genuina tradizione della comicità curtense, non si cura delle conseguenze dei suoi sberleffi malmostosi, gli basta eccitare il riso feroce e il consenso del popolo/sovrano.

La questione di una riforma della disciplina della legittima difesa aveva già occupato la fase preelettorale – la proposta Ermini, del PD, giunta anche alla approvazione della Camera¹ – era presente nei generici programmi elettorali dei 5Stelle e della coalizione di centro-destra, per transitare nella farsesca stipula del “Contratto per il governo del cambiamento”. Al parossismo illimitato col quale si immaginava la difesa legittima domiciliare, corrispondeva la ferocia indeterminata prevista nei confronti di minorenni, un ulteriore passo verso l’abolizione della prescrizione, una indefettibilità della pena che doveva travolgere tutti gli istituti deflattivi e alternativi al carcere. Per il processo revisioni del rito abbreviato escludendolo per i reati più gravi, aumento dell’uso delle intercettazioni di tutti i tipi. Ovviamente lotta alla corruzione (“per tutti i reati contro la Pubblica amministrazione di tipo corruttivo”) uso di agenti provocatori, maggiore tutela degli *whistleblower*. E poteva mancare il potenziamento degli strumenti normativi e amministrativi di contrasto alla mafia? Come se i governi precedenti fossero stati con le mani in mano.

Le clausole contrattuali esprimevano con immediatezza le intenzioni ed erano talmente generiche da consentire una demolizione dalle fondamenta del sistema di giustizia penale.

Con la formazione del governo mi è tornata alla mente la gag di uno dei miei comici preferiti.

¹ Art. 52 c.p., c. 2: Fermo restando quanto previsto dal primo comma, si considera legittima difesa, nei casi di cui all’articolo 614, primo e secondo comma, la reazione a un’aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell’introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno.

c. 3: Nei casi di cui al secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo e taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un’arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d’aggressione”. c. 4: “Le disposizioni di cui al secondo e al terzo comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all’interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Art. 59 c.p. c. 2: Nei casi di cui all’articolo 52, secondo e terzo comma, la colpa dell’agente è sempre esclusa quando l’errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione posta in essere in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l’integrità fisica o per la libertà personale o sessuale.

Abbiamo forse quel **ministro della paura** preconizzato, giusto dieci anni or sono, da Antonio Albanese. “La paura come mezzo di controllo delle masse”².

A proposito di giustizia e sicurezza già abbiamo assistito alla rinuncia ad esercitare la delega in tema di riforma penitenziaria e intercettazioni telefoniche, l'intervento sull'art. 52 c.p. ci attende dopo la pausa feriale³.

Si può fissare un primo punto: il tema è quello che manifesta, forse in massimo grado, la costruzione di una retorica disancorata da razionali considerazioni volte a contemperare la molteplicità delle situazioni fattuali e la ponderazione degli interessi in gioco con la rigidità di un dato normativo. La retorica adottata corrisponde invece ad opzioni viscerali, estreme, riducibili alla logica semplificata della *Castle Doctrine* nordamericana: il cittadino è re nella propria casa libero di fare fuoco su chiunque senza invito vi faccia ingresso⁴.

Si preannunciano così interventi anche in tema di normativa sulle armi: penso di nuovo agli orgasmi di Albanese – “Ministro della paura” – al grido di *fire, fire!*

Una prima provvisoria conclusione: la riforma della legittima difesa è entrata nel *menu* del “governo del cambiamento”, al servizio di un *marketing* elettorale che si vuole permanente: un'ascesa al potere attraverso le istituzioni della democrazia liberale, ma con progetti che sono in palese conflitto con i suoi fondamenti. Il controllo dei *media* alimenta le paure quotidiane – in termini paralleli opera l'equivalenza immigrazione/criminalità⁵.

E anticipo la mia opinione: non condivido proprio posizioni che colgono comunque limiti eccessivi nella attuale disciplina scriminante della legittima difesa cd. domiciliare, tali da imporre con urgenza modifiche normative.

Un *marketing* permanente, dicevo, per due ragioni

a) la metastatica devastazione della democrazia liberale- realizzata con un'irresistibile ascesa attraverso le sue istituzioni rappresentative – è in pieno svolgimento, non si è ancora compiuta: deve perfezionarsi uno *spoils system* finalizzato a fare un deserto di qualsiasi voce di opposizione. Si tratti di ottenere dalla proprietà la liquidazione di direttori di testate sgraditi, di maramaldeggiare sulle nomine RAI, infischandosene delle regole.

² Consultabile su Youtube, *La paura come mezzo di controllo delle masse. Il ministro della paura. Antonio Albanese.*

³ La proposta di legge atto Camera n. 274 su iniziativa di Nicola Molteni (Lega) ed altri (presentato il 23 marzo 2018) (medesima della Proposta di legge Molteni ed altri – Atto Camera n. (2892) 3785 – Testo alternativo del relatore di minoranza)

Art. 52 c. 4: Si considera che abbia agito per difesa legittima colui che compie un atto per respingere l'ingresso o l'intrusione mediante effrazione o contro la volontà del proprietario o di chi la legittima disponibilità dell'immobile, con violenza o minaccia di uso di armi da parte di una o più persone, con violazione del domicilio di cui all'articolo 614, primo e secondo comma, ovvero in ogni altro luogo ove sia esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Proposta di legge del Movimento 5 stelle

Art. 55 c. 2 c.p.: Nei casi dell'articolo 52, commi 2 e 3, la colpa è sempre esclusa se chi ha commesso il fatto ha agito in preda alla paura, al panico ovvero ad un grave turbamento, determinati dalla situazione di pericolo.

Art. 59 c. 2 c.p.: Nei casi dell'articolo 52, commi 2 e 3, se l'errore si riferisce alla situazione di pericolo o ai limiti imposti dalla necessità, la colpa dell'agente è sempre esclusa qualora esso sia stato determinato, volontariamente o colposamente, dalla persona contro cui è commesso il fatto. O ancora in entrambi i casi quando l'entità dell'offesa non sia, per condizioni di tempo o luogo, o per volontà o colpa della persona contro cui è commesso il fatto, immediatamente percepibile dall'agente.

Vari altri progetti sono stati depositati alla Camera o al Senato da parlamentari del centro-destra. La proposta Molteni contiene anche l'introduzione di una nuova formulazione dell'art. 624 *bis* con una variegata tipologia di aggressioni patrimoniali corredata da sanzioni draconiane e gravi conseguenze penitenziarie.

⁴ GRANDE, *La legittima difesa armata negli USA: un buon modello per l'Italia?*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online>, 28 giugno 2018.

⁵ Si veda l'intervista al criminologo BARBAGLI, *Non basta dare i numeri giusti sugli immigrati per fermare la paura*, in *Il Foglio*, 29 agosto 2018.

b) non si confidi poi su una dialettica esistente tra le due forze al governo: altro non è che un gioco delle tre carte [giocato dall'azzimato e telegenico presidente del consiglio e dalle truci, onnipresenti, quotidiane esternazioni di un vicepresidente e da quelle sardoniche dell'altro]. Dovrebbe seguirne una mediazione tra il sovranismo reazionario, da una parte, e il declamato afflato sociale, pauperistico, nel solco messianico della "tradizione degli oppressi"⁶, dall'altra, con la mediazione competente di un professore. Accidenti, allora possiamo stare tranquilli!

Il messaggio giustizialista e vittimologico – tutto il popolo è vittima, cioè tutti quelli che ci hanno votato⁷, noi, *leader* al governo, ne siamo la voce, siamo lo Stato, anche questo si è sentito; quanto a tutti gli altri rivolgersi a Grillo (il Marchese del, ben inteso) per chiarimenti – è pienamente condiviso ed orientato dagli stilemi terroristici di un diritto penale del nemico: accanto ai lapsus del capo del governo, le interviste, condite dai sorrisetti del suo assistente, piazzato in via Arenula. Faccio miei i *repetita* di Giuliano Ferrara: la questione non è quello che fanno e dicono, è quello che sono (quanto alle ideologie che esprimono, si intende).

La riforma del 2006

La questione di una riforma dell'art. 52 c.p. occupò un vivace dibattito politico e giuridico alla metà del primo decennio di questo secolo, che produsse la L. n. 59/2006 e l'introduzione di un secondo comma, con una disciplina speciale della cd. legittima difesa domiciliare. Come visto anche oggi è questo l'aspetto al centro dell'attenzione.

Una prima osservazione: se quel dibattito, in sede politica, vide l'utilizzo di argomenti e di spunti polemici di cui oggi ancora troviamo traccia, esso comunque si svolse con maggiore approfondimento e consapevolezza, sia tra i penalisti, sia nel discorso pubblico: anche a questo proposito bisogna notare come, sui nostri temi, il confronto, anche aspro, tra centro destra (*i.e.* Berlusconi) e centro sinistra abbia conservato una grammatica accettabile.

Certo l'istanza di cambiamento dei limiti, ritenuti, nel caso di difesa domiciliare, troppo angusti, si iscriveva anche nella insofferenza nei confronti di un potere giudiziario, privo di legittimazione democratica, in generale ritenuto troppo invasivo, troppo "all'opposizione" rispetto al potere legislativo espresso dai governi di centro destra: già allora si stigmatizzava il rigorismo giudiziario, autorizzato dalla interpretazione dominante, nei confronti di omicidi o lesioni provocati in difesa dei propri beni nel contesto domiciliare o dell'attività lavorativa e di impresa.

Del pari il contrapposto schieramento politico si opponeva ad interventi in materia più che sulla base di una ragionata rivisitazione del tema alla luce di dati di esperienza e di analisi della casistica giudiziaria, nella logica di un generale e permanente testa a testa rispetto ai provvedimenti legislativi in tema di giustizia penale: fu questo un *leit motiv* del confronto politico nella seconda Repubblica.

D'altra parte si può notare come la riforma del 2006 abbia costituito il catalizzatore dell'ingresso nel discorso pubblico di un tema – quello più generale della difesa legittima, ricco di implicazioni politiche e di concezioni di fondo – così da farlo uscire dagli spazi angusti della sola riflessione dogmatica.

⁶ DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 21 ss.; un ingrediente fondamentale delle retoriche populiste e presupposto della loro trasformazione totalitaria, rimando alla efficacissima descrizione della evoluzione del populismo russo ad opera di BERLIN, in *Il riccio e la volpe*, Milano, 1986, 343 ss.

⁷ "Il populismo prevede un'argomentazione pars pro toto e la rivendicazione di una rappresentanza esclusiva, entrambe intese in senso morale, anziché empirico. In altre parole, non ci può essere populismo senza qualcuno che parli a nome del popolo nel suo insieme." Un popolo immaginario. Ben si intende, ci avverte MUELLER, *Cos'è il populismo?*, Milano, 2017, 26 ss. Lettura da consigliare a chi ha visto analogie tra il popolo (e il populismo) di Dostoevskij e l'elettorato giallo-verde. Anche a questo proposito con l'aiuto di BERLIN, *op.cit.*, 71 ss.

Una apertura si poteva già cogliere per altro nei testi prodotti nella stagione delle progettazioni di riforma del codice penale, almeno, in alcuni casi, meno condizionati dalla polemica politica contingente.

Così l'elaborato di legge delega della "commissione Pagliaro" (1991) se da un lato lasciava spazio ad una considerazione della proporzionalità in base a "tutti gli elementi significativi dell' aggressione", dall'altro prevedeva cause soggettive di esclusione della responsabilità nei casi di pericolo attuale non evitabile di morte o di danno grave all' incolumità fisica o alla libertà personale o sessuale purché l' interesse salvato presenti una sostanziale equivalenza rispetto a quello offeso.

Orientato ad una conservatrice concezione oggettivistica della scriminante l'elaborato della commissione Grosso (2001), con l'affermazione della necessaria valutazione della proporzionalità alla stregua dei beni contrapposti e della scelta della reazione meno lesiva per l'aggressore.

Nel testo della commissione Nordio si esplicitava come il giudizio di proporzionalità, oltre che ai beni, dovesse essere riferito ai mezzi a disposizione della vittima e alle modalità concrete dell'aggressione

Al 3° comma dell'art. 30, dedicato all'uso legittimo delle armi, compariva poi la previsione speciale della legittimità dell'uso delle armi "perché costretto dalla necessità di difendere l'invulnerabilità del domicilio contro l'intromissione ingiusta, violenta o clandestina e tale da destare ragionevole timore per l'incolumità o la libertà delle persone presenti nel domicilio".

Infine nell'elaborato della commissione Pisapia (2006), da un lato, si riprendeva la formulazione della commissione Pagliaro, dall'altro, era prevista una causa di esclusione della responsabilità in caso di "eccesso dai limiti della legittima difesa per grave turbamento psichico, timore o panico, in situazioni oggettive di rilevante pericolo per la vita, per l'integrità fisica, per la libertà personale o per la libertà sessuale di un soggetto aggredito in luoghi isolati o chiusi o comunque di minorata difesa".

In sintesi.

In alcuni casi cogliamo l'allentamento della proporzionalità valutata con il troppo rigido parametro oggettivistico della sola ponderazione dei beni in conflitto, in altri vediamo l'esplicita configurazione di una scusante sulla base della concretezza del caso, ovvero la specialità dell'uso delle armi nella difesa domiciliare.

Dai progetti di riforma del codice penale ad oggi

Nel procedere dei progetti di riforma era tuttavia già possibile cogliere i nodi che caratterizzano l'exasperazione mistificatoria della questione precipitata nell'attuale dibattito.

Cosa è presentato come inammissibile agli occhi del "popolo"?

La sottoposizione a indagini per omicidio volontario di chi abbia reagito all'aggressione domiciliare, ovvero, nella ipotesi frequente, ricondotta infine alla previsione dell'art. 55 c.p. (eccesso colposo), comunque una – seppure più mite – condanna penale, con il risarcimento dei danni patiti dall'"aggressore/vittima". Come già visto, nell'era di Trump, il tema si interseca con quello dell'uso delle armi e, quindi, con quello del rigore della connessa disciplina amministrativa in materia di detenzione e porto⁸.

Da sempre, vi sono poi uomini per tutte le stagioni: nella desertificazione delle voci di opposizione, ne troviamo, ad esempio, impegnate a definire il carattere ineluttabile dell'attuale quadro politico – tanto fu disastrosa tutta la precedente storia repubblicana che non poteva finire in altro modo⁹. A proposito del pro-

⁸ Sui rapporti tra il Truce e il "Comitato Direttiva 477" (associazione che tutela i cittadini possessori di armi) con la sottoscrizione, in campagna elettorale, di un documento che impegna a coinvolgere i produttori di armi nei provvedimenti che riguardano il settore Si veda, MENSURATI –TANUCCI, *Gli Italiani devono difendersi. E il patto pro armi diventa un caso*, in *La Repubblica* 17/7/2018, 6.

⁹ GALLI DELLA LOGGIA, *Perché ci manca lo Stato*, in *Corriere della sera*, 17 agosto, 2018. In questo senso non condivido poi le idee di G. Orsina, riportate da V. Valentini, *Romanizziamo i barbari*, in *Il Foglio*, 24 agosto, 2018; critiche di PANEBIANCO, nell'intervista sullo

gramma sulla giustizia: nessuna paura nei confronti delle *performances* del ministro della paura: quanto alla legittima difesa si parla solo di un generico potenziamento, quanto al resto, solo illusioni, nulla cambierà¹⁰.

Ma torniamo ora alla riforma del 2006.

Si è già detto delle componenti che animarono il serrato dibattito politico, ad esso corrisposero le prese di posizione di gran parte dei penalisti.

Sia prima, sia dopo, il varo della legge, il *mainstream* fu critico nei confronti della stessa idea di intervenire sull'originale testo del codice: si temeva che l'invocato superamento del requisito della proporzione con l'uso legittimo delle armi nel caso di aggressioni domiciliari conducesse al *far west*, ad una licenza di uccidere concessa indiscriminatamente nella difesa di interessi di natura patrimoniale.

In alcuni casi il tema fu affrontato con particolare approfondimento ponendo in evidenza come esso andasse circoscritto ad una casistica limitata di situazioni di difficile valutazione e problematiche nell'intento, comunque da perseguire, di definirne una precisazione normativa. Fermo comunque il rifiuto di strumentalizzazioni in chiave di prevenzione generale dell'inflizione privata della pena di morte sulla base di presunzioni di proporzionalità. Non condivisa anche la eventualità di una fattispecie scusante capace di escludere l'eccesso colposo in considerazione di una ponderazione della reazione inesigibile da parte della vittima dell'aggressione¹¹.

Mostrava invece maggiore sensibilità per gli argomenti a sostegno della riforma, altro autore, con una accurata ricerca sul piano sia storico, sia comparatistico, volta a dimostrare come, al di là, delle strumentalizzazioni politiche, sia le soluzioni che facciano riferimento alle incursioni nel domicilio, sia quelle soggettive, riferibili alla inesigibilità di un diverso comportamento della vittima, non possano ritenersi affatto una eccezione¹².

Successivamente all'entrata in vigore della nuova norma non mancarono poi voci critiche per la cattiva formulazione, per le sue incoerenze e irragionevolezza¹³.

Le ragioni di allarme, anche da parte di chi aveva contrastato a spada tratta l'iniziativa governativa, parvero attenuarsi¹⁴, rispetto agli scenari drammatici che l'avevano preceduta: un ridimensionamento dell'allarme a cui mi sembra abbia corrisposto l'evoluzione della giurisprudenza, fermo restando, forse, il nodo problematico dell'eccesso colposo¹⁵.

Qualche osservazione sulla riforma del 2006

a) Come sappiamo essa fu osteggiata dal fronte politico "progressista", i suoi allarmi, colti dalla maggior parte dei penalisti, forse contribuirono ad evitare sgangherate soluzioni estremistiche. D'altra parte la ricorrente affermazione circa il fatto che qualsiasi modifica avrebbe provocato una generalizzata licenza di uccidere,

stesso quotidiano del 28 agosto 2018 "Non rassegnarsi allo sfascio" e di MINOPOLI, *Una opposizione è possibile* (29 agosto).

¹⁰ NORDIO, *Quattro dubbi da fugare sulla giustizia*, in *Il messaggero*, 6/6/2018. Voce autorevole, ex magistrato, presidente di una commissione per la riforma del codice penale, lo abbiamo visto. Occorre tuttavia ricordare come in quell'elaborato (in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* 2005, 244 ss.), nell'art. 27, punto 3, si prevedesse che "in presenza di una scriminante, il fatto di reato si considera insussistente". L'irruzione di un'opzione dogmatica esplicita in punto natura delle scriminanti, esclusa in altre esperienze progettuali, mi parve, e continua a sembrarmi, un modo per corrispondere alla volontà di esentare dalle indagini, anche in caso di omicidio o di lesioni, chi potesse accampare una difesa legittima. Idea quanto meno bizzarra e pericolosa: è infatti impensabile che a fronte dei fatti di cui ragioniamo difetti una *notitia criminis*.

¹¹ VIGANÒ, *Spunti per un "progetto alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 2001 ss.

¹² CADOPPI, "Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto". *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1378.

¹³ Posizioni molto diffuse, ricordo in particolare quella di GALLO, *Diritto penale italiano*, I, Torino, 2014, 320 ss.

¹⁴ VIGANÒ, *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2006, 189 ss.

¹⁵ Proprio alla luce delle attuali posizioni governative, SPINA, *La Cassazione ritiene (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo in legittima difesa (art. 55 C.P.)* in www.penalecontemporaneo.it, 7/2018.

ebbe il paradossale effetto di diffondere questo convincimento nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge¹⁶. Un effetto indesiderato prodotto dal trascinarsi di quell'argomento da parte di alcuni media.

b) La cattiva formulazione del nuovo art. 52.

Condivido tutte le critiche. Ma, quanto meno dalla fine della prima Repubblica, credo che non vi sia stato prodotto legislativo, anche in campo penale, che ne vada esente. E qui il discorso si farebbe assai complesso riguardando, solo per citare alcuni aspetti, le caratteristiche assunte dalla nostra democrazia parlamentare, il suo rapporto con la cultura giuridica, il peso e l'ascolto di essa nel discorso pubblico e, perché no, i suoi meriti e la sua autorevolezza¹⁷.

Quando poi sento parlare di tramonto dell'*ars legiferandi*, penso ad antichi canoni estetici, a Policletto, a Fidia, a Leon Battista Alberti. La conflittuale cifra politica del diritto penale trova i suoi canoni nella volontà del potere legislativo di dare comunque protezione ai diritti civili del singolo nei confronti dello Stato e nella loro indipendente tutela giurisdizionale. Anche Ugo Ojetti, e Ferdinando Martini, prima di lui, sarebbero stati in grave difficoltà nel tradurre in buona lingua gli attuali intenti legislativi frammentati e compromissori¹⁸.

c) La precisa tipizzazione dei limiti della difesa nei casi difficili, da un lato, è probabilmente obiettivo utopistico, dall'altro, per le soluzioni forse già ci si poteva basare sul testo originario degli artt. 52 e 55 c.p., attraverso l'interpretazione dei requisiti di attualità del pericolo, di proporzione, di costrizione, di eccesso, di colpa.

Diviene quindi un campo inevitabilmente percorso da valutazioni giudiziarie casistiche, fortemente influenzate da precomprensioni assiologiche, dalle ideologie giudiziarie.

d) È sulla base di queste considerazioni che ritengo, più che mai, che la questione della riforma della legittima difesa sia oggi posta esclusivamente nel contesto dei patteggiamenti tra le due anime del governo, accomunate tuttavia da più generali progetti rozzi e liberticidi a proposito dei fondamenti di uno Stato costituzionale di diritto¹⁹.

Il ruolo della riforma della legittima difesa nel grande gioco per distruggere lo Stato costituzionale di diritto

Queste conclusioni non valgono però a sdrammatizzare la questione di un atteso "potenziamento" della legittima difesa, ma solo ad assegnarle un ruolo limitato, come detto, nel contesto della programmata demolizione del diritto penale liberale, ma anche in quello più vasto degli scambi tra le due forze di governo: penso in particolare a due diverse retoriche a proposito delle questioni economiche.

Sicurezza e giustizia penale costituiscono però temi sui quali non è dato cogliere sostanziali distinzioni tra i due schieramenti, costano poco o nulla, vellicano e gratificano gli istinti e l'immaginazione semplificatrice più crudele del *populace* che frequenta bar, stadi e social network e, in generale, di un ceto medio conservatore che si ritiene troppo impoverito per colpa dei precedenti governi, dell'Europa, della globalizzazione, delle élites, dei poteri forti, e chi più ne ha più ne metta.

È questo l'elettorato che i due *leaders* si contendono, certo, ma di una tenzone in cui possa giocare un'anima garantista dei 5Stelle non è proprio il caso di parlare, nonostante gli sforzi di qualcuno, non si sa bene se ingenuo o in malafede.

Ho parlato di equivoci che già caratterizzarono il dibattito a metà dello scorso decennio.

¹⁶ Cfr. BEVERE, *Pistolieri fatti in casa*, in *Il Manifesto*, 1 marzo 2006 a proposito del tabaccaio salernitano che, appena entrata in vigore la legge, aveva freddato chi gli stava rubando le *chicas* piantate davanti al suo locale.

¹⁷ Qualche considerazione in proposito in INSOLERA, *Oltre il giardino*, in *Indice pen.*, 2018, 1 ss.

¹⁸ Sul rilievo che deve assumere, nell'individuazione di un metodo interpretativo, la ricerca dello scopo storico della norma, la recente traduzione di G. Stella del saggio di RUETHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Modena, 2018,

¹⁹ Una sintesi efficace di quello che ci attende in ANTONUCCI, *Il governo della forza*, in *Il Foglio*, 20 agosto, 2018.

Essi riguardavano la filosofia che animò larga parte dello schieramento che si opponeva a qualsiasi intervento volto a dare rilievo a quei casi nei quali le interpretazioni consolidate dei requisiti della scriminante potevano portare ad immolare il diritto di autodifesa dell'agredito. In questo modo la questione veniva consegnata alle sole, brutali, rozze, inaccettabili ideologie reazionarie.

Penso che questa logica – ho parlato, in modo di certo impreciso, di un fronte progressista – a sostegno di una rigida applicazione di criteri oggettivistici, basata esclusivamente sul confronto tra beni aggrediti e beni lesi in situazione di difesa, manifestasse una solo apparente assonanza con i fondamenti di un diritto penale liberale. Il nucleo del pensiero liberale è costituito, da un lato, dalla protezione dei diritti individuali, civili e politici, dall'altro, dal delineare una organizzazione del potere capace di tutelarli e garantirli – la politica liberale come “arte architettonica” che, senza costringere la poliedrica e autonoma vita sociale, la organizza in un ordine procedurale. A questo contribuiscono due fattori essenziali, che avvicinano liberalismo e democrazia: da un lato l'idea di istituzioni rappresentative, che sostituisce all'utopia della democrazia diretta, la libera competizione di élite – vere! – davanti all'opinione pubblica, dall'altro, quella di governo costituzionale [governo limitato da una Costituzione scritta e rigida, con leggi, frutto di procedure predeterminate]. Vaccino capace di confermare, rendendola giustiziabile, l'essenza del liberalismo, riconducibile all'individualismo e al contrattualismo: la tutela dei diritti civili dell'individuo contro gli abusi dello Stato, delle maggioranze, dei gruppi.

Anche nel paradigma contrattualistico hobbesiano, ancora oggi più che mai utile per cogliere l'essenza del potere penale²⁰, diritto di resistenza e di autodifesa restano nelle mani del singolo quando lo Stato non sia in grado di proteggere la sua vita, protezione che costituisce la causa stessa del consenso prestato alle limitazioni della sua libertà²¹.

Quale l'equivoco allora, spesso riscontrabile nella posizione che confina il problema nel truce reazionalismo pistolero?

Quello di cadere in una concezione statualista che attribuisce allo Stato l'esclusiva di difendere beni fondamentali, ciò anche quando questo non riesce e realizzarsi, immolando così il diritto dell'agredito ad una finalità di prevenzione generale simmetrica a quella di chi vuole si possa “sparare sul ladro che fugge”²²: una concezione aperta ad una interpretazione della scelta fatta del codice Rocco attraverso gli artt. 52 e 53, che conferma la ricorrente ibridazione, realizzatasi in quel corpo normativo, tra ideologie autoritarie e connotazioni penalistiche liberali.

Questa riflessione è suggerita, con la consueta lucidità, da Marcello Gallo²³ all'indomani della riforma del 2006, e penso che debba orientarci su questo argomento.

²⁰ Lo ricorda PULITANÒ, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016, 642 ss.

²¹ PANEbianco, *Il potere, lo Stato, la libertà*, Bologna 2004, 121 ss. Di grande chiarezza didattica una lezione di BOBBIO del 1987, *Il pensiero politico di Hobbes*, in <http://www.arifs.it/bobbmemo.btm>, 7.

²² Rinvio al bel saggio di SICILIANO, *Sull'omicidio per legittima difesa a tutela del patrimonio nel diritto penale tedesco ovvero: la rimozione dell'illuminismo e le sue conseguenze*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2001, 579 ss.

²³ «La l. 13 febbraio 2006, ha aggiunto due commi all'art. 52 c.p.: “Nei casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale”. Il coro di critiche che essa ha suscitato mi ha confermato nell'opinione che a noi italiani la legittima difesa proprio non piace. Chi agisce in istato di auto-tutela corre il rischio di apparire come un pistolero del West. Che si sia trovato nella necessità di sostituirsi, nella salvaguardia di diritti propri o altrui, ad uno Stato che, nel caso concreto, non poteva intervenire, è ritenuta circostanza di poco conto, sulla quale si può agevolmente sorvolare. Quello che disturba è che il singolo abbia provveduto alla difesa di sé o di terzi con le proprie mani, quasi usurpando una prerogativa dei poteri giuridicamente organizzati. Altrettanto poco sembra, poi, contare

Ma lo faremo quando verranno tempi migliori, con interlocutori politici che conoscano la grammatica dello stato di diritto.

La facile scoperta della strumentalità mercantilistica di un “potenziamento” della legittima difesa (e la figura del “contratto” di governo la dice lunga in proposito!) nel convulso – tra loro competitivo – arrembaggio al potere delle attuali forze al governo, mi suggerisce un’opposizione generale alle loro proposte su giustizia e sicurezza. Opposizione dura, che spero sia fatta propria dall’Unione delle camere penali. In un certo senso un’“Aventino” dei penalisti: a ben vedere, è da qualche tempo che l’UCPI è stata l’unica a difendere il nostro Stato costituzionale di diritto.

La questione non è quello che fanno e dicono, è quello che sono (quanto alle ideologie che esprimono, si intende!).

Agosto 2018²⁴

Quel che (non) resta della riforma penitenziaria, una meteora dissoltasi al contatto con l’atmosfera politica*

DI GABRIELE TERRANOVA

AVVOCATO DEL FORO DI PRATO - COMPONENTE OSSERVATORIO CARCERE UCPI

Il 2 agosto scorso, il Consiglio dei Ministri ha approvato in via preliminare lo schema di decreto legislativo attuativo della delega conferita al Governo in materia di riforma dell’ordinamento penitenziario dall’art. 1 commi 82, 83 e 85 della *Legge Orlando* (l. 23 giugno 2017, n. 103).

il fatto che presupposto della facoltà di autoprotezione sia l'impossibilità di intervento di chi è, per legge, deputato alla difesa della società. Sembra, in un certo senso, che vi sia il convincimento che, ove lo Stato non possa interporre, sia opportuno lasciar correre: tutto sommato, meglio un'ingiustizia che un disordine. E si badi: una siffatta diffusa mentalità non resta confinata a sentimenti più o meno confusi e, spesso, contraddittori. La ritroviamo in non poche decisioni giudiziarie, anche della Suprema Corte. Il rigore con il quale si procede all'accertamento del requisito della proporzione tra offesa e difesa, l'oblio del vecchio, saggio ammonimento che *adgreditus non habet staderam*, il frequente ricorso alla eventualità del *commodus discessus* per limitare *contra legem* (all'art. 52 c.p. non è fatta menzione, a differenza di quanto avviene per lo stato di necessità, della inevitabilità della reazione) il diritto di difesa stanno tutti a dimostrare quanto faccia fatica ad affermarsi l'idea che, a certe condizioni, ci si può – si faccia attenzione: non è che si debba – aggiustare da soli. Il legislatore del 13 febbraio 2006 ha cercato di correggere non tanto la norma, quanto la prassi che su di essa, e intorno ad essa, si era venuta creando *op. cit.*, 320. Sul tema l'autore era intervenuto in due precedenti occasioni nella rubrica *Moralité* della rivista *Critica del diritto*. Quei saggi [*Due cose che non piacciono (troppo)* e *La legittima difesa continua a piacer poco agli italiani*] ora sono raccolti in GALLO, *Moralité*, Napoli, 2011.

²⁴ Quando l'articolo era in bozza la Commissione giustizia ha licenziato il testo definitivo che andrà in aula dal 23 ottobre. L'articolo non supera le osservazioni critiche qui formulate.

* Commento redatto a seguito dell'approvazione in via preliminare dello schema di decreto legislativo recante *Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85 [...] della legge 23 giugno 2017 n. 103*, intervenuta in data 2 agosto 2018, poi seguita dall'approvazione in via definitiva, in data 27 settembre 2018, dello stesso decreto legislativo e di altri due concernenti, il primo, *Vita detentiva e lavoro penitenziario*, il secondo, *Esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*.

Si tratta del primo provvedimento adottato dal nuovo Esecutivo dopo che il cammino della riforma avviata sulla materia durante la passata legislatura era rimasto incompiuto.

Prima di esaminarne i contenuti, è inevitabile porsi un interrogativo di natura costituzionale.

Il termine per l'esercizio della delega normativa (comma 83 cit.) era fissato in un anno, decorrente dalla data dell'entrata in vigore della legge delega, intervenuta il 3 agosto 2017, e scadeva quindi il 3 agosto 2018.

L'approvazione intervenuta il 2 agosto sembrava dunque *in limine*, ma lo schema di decreto è stato nuovamente approvato in via preliminare, con la prospettiva di rinnovare l'*iter* parlamentare presso le commissioni competenti, prima del varo definitivo, che – a questo punto – è destinato a slittare oltre il termine naturale di scadenza della delega.

Quest'ultima, in effetti, prevede una proroga di 60 giorni nel caso in cui il termine di 45 giorni, decorrente dalla data della trasmissione alle Camere, per l'espressione dei pareri delle commissioni competenti, venga a scadenza nei 30 giorni antecedenti la scadenza della delega o successivamente (comma 83 cit.).

Il testo trasmesso alle Camere, però, nel caso di specie, costituisce la rivisitazione di un precedente testo già approvato in via preliminare ed in seconda lettura e sottoposto per ben due volte al parere delle Commissioni parlamentari.

La prospettiva del Governo sembra essere quella di ritenere che la presentazione di un nuovo testo preliminare e la rinnovazione dell'*iter* parlamentare integri comunque i presupposti della proroga, ma è inevitabile nutrire qualche perplessità, anche perché si tratta di un testo che, sebbene sia presentato come una riscrittura integrale, è in realtà una versione emendata (per quanto largamente) di quello precedente, con la finalità, espressa nella relazione illustrativa, di tenere conto della mutata volontà politica tradottasi nei pareri contrari delle Commissioni parlamentari.

Non costituisce quindi esattamente un testo approvato in via preliminare ed in prima lettura, ma piuttosto una terza lettura, peraltro non prevista dalla delega, alla quale non sembra correlabile alcuna ipotesi di proroga.

Si intravede, insomma, il rischio che anche quel poco che resta della riforma (o di quel segmento di essa confluito nel decreto approvato il 2 agosto) si traduca in un nulla di fatto.

Diversa è la situazione per gli altri 3 schemi di decreto legislativo approvati in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 16 marzo scorso, in attuazione della medesima delega, in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, di giustizia riparativa e di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, per i quali la proroga opera certamente, essendo venuto a scadenza il 5 agosto il termine per l'espressione del parere delle commissioni parlamentari competenti.

Per questi ultimi dunque l'*iter* normativo potrà protrarsi fino al 2 ottobre.

Come è noto, il disegno riformatore nel quale si iscrivono questi provvedimenti viene da lontano e passa soprattutto attraverso gli *Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, la grande consultazione promossa nel 2015 nell'ambito del Ministero della Giustizia, che ha coinvolto, in 21 tavoli tematici, tecnici ed operatori del settore, producendo una ricchissima elaborazione su tutto lo scibile della materia (i lavori e le relazioni conclusive, spesso corredate di articolati, sono consultabili sul sito *web* del Ministero ed in gran parte pubblicati in Aa. Vv., *Gli Stati Generali dell'esecuzione penale*, Pacini Giuridica, 2016).

Parte di quella elaborazione è confluita nei principi e criteri direttivi dettati dal comma 85 dell'articolo unico della legge delega.

Già dal tormentato percorso parlamentare di quest'ultima, peraltro, erano uscite significativamente ridimensionate alcune delle direttive più qualificanti.

L'indicazione di favorire l'accesso alle misure alternative alla detenzione, sia mediante la revisione dei relativi presupposti (lett. b), sia mediante l'eliminazione di automatismi e preclusioni o la loro revisione per i condannati alla pena dell'ergastolo (lett. e), veniva esclusa per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e

per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale, un temperamento che, in particolare, tradiva sul nascere la diffusa aspettativa che si potesse finalmente mettere mano all'annosa questione del c.d. ergastolo ostativo.

Ce n'era abbastanza per temere che fosse irrimediabilmente vulnerato l'obiettivo di restituire alla giurisdizione penitenziaria il suo naturale ambito di discrezionalità ed al sistema dell'esecuzione penale la versatilità necessaria per garantire percorsi di risocializzazione individualizzati, finalità che costituivano il cuore del disegno riformatore tracciato dagli *Stati Generali* e che rispondevano peraltro a precise raccomandazioni del Consiglio d'Europa²⁵.

Nei 20 criteri direttivi della legge delega residuava però un ambito di intervento talmente vasto da consentire di coltivare ancora l'ambizione di varare una riforma di grande portata, ambizione che ha indubbiamente animato il serrato lavoro delle 3 commissioni di studio istituite presso l'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia nel luglio 2017²⁶.

Invece, il successivo percorso legislativo è proseguito attraverso stralci ed erosioni, un po' come quello di un meteorite che continua inesorabilmente ad assottigliarsi per effetto dell'attrito atmosferico, fino a ridursi ad un sassolino o addirittura a dissolversi, salvo che in questo caso l'atmosfera era quella politica.

Dallo schema di decreto varato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2017, scompariva la disciplina degli *incontri intimi*, elaborata dalla Commissione Giostra per consentire anche nei luoghi di detenzione l'esercizio della sessualità, quale componente significativa di relazioni affettive la cui tutela rientra nel doveroso rispetto della dignità della persona reclusa e contribuisce a prevenire, specie nelle detenzioni di lunga durata, rischi di sradicamento sociale accentuativi delle difficoltà di reinserimento. La legge delega conteneva, sul punto, una chiara apertura (criteri *n* e *r*), ma evidentemente ha prevalso la diversa sensibilità di chi aveva parlato, in proposito, di *eiaculazione penitenziaria*²⁷, manifestando tutto il ritardo culturale che sembra ancora circolare in Italia, diversamente dai numerosi altri paesi, europei e non, i cui sistemi penitenziari ammettono da tempo relazioni intime.

Spariva parimenti la proposta di modifica dell'art. 656 c. 9, lett. a), c.p.p., elaborata dalla stessa Commissione, volta a circoscrivere l'effetto ostativo, rispetto alla sospensione dell'ordine di carcerazione, correlato alla tipologia dei reati oggetto della condanna da eseguire, alle sole fattispecie contemplate dall'art. 4 *bis* c. 1, così da garantire un pieno parallelismo con le ipotesi di inammissibilità delle misure alternative, scongiurando il rischio di inutili *assaggi* di carcerazione per chi potesse legittimamente aspirare ad altre modalità di espiazione della pena.

Veniva accantonato, ancora, tutto il lavoro svolto dalla Commissione Pelissero per confezionare un'articolata ed organica riforma della disciplina delle misure di sicurezza, auspicata da tempo e resa quanto mai indifferibile dall'esito di precedenti riforme settoriali da armonizzare nel sistema normativo²⁸.

Questo solo per citare alcune delle principali perdite registratesi ancora prima della fine della legislatura.

²⁵ Il riferimento è alla Raccomandazione (2017)3, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 22 marzo 2017.

²⁶ Si tratta delle 3 Commissioni di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e del sistema delle misure di sicurezza, in attuazione della delega contenuta negli artt. 82, 83 e 85 l. 103/2017, istituite ed integrate con D.M. 19 luglio 2017, presiedute da Glauco Giostra, Marco Pelissero e Francesco Cascini.

²⁷ Il riferimento è ad un comunicato del 3 novembre 2017 dell'Unione Sindacati di Polizia Penitenziaria, dal titolo *Eiaculazione Penitenziaria: al via i rapporti sessuali dei detenuti in carcere ... ma fateci il "piacere"*.

²⁸ Si allude, in particolare, alla l. 30 maggio 2014, n. 81, che ha portato a termine il percorso di chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, riformando significativamente il sistema normativo delle misure di sicurezza, ma senza intervenire sul codice penale.

Il resto è cronaca recente: il nuovo Governo eredita la delega per una riforma che dichiara di non condonare e che le forze della nuova maggioranza hanno vivamente avversato in campagna elettorale, ma vara comunque lo schema di decreto legislativo del 2 agosto, dando atto della decisione di non esercitare la delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi e preclusioni.

E si tratta di un taglio drastico perché, al netto dei difficili tentativi di rimodulazione dell'art. 4-bis, la bozza aveva riguardato anche tutte le ipotesi di preclusione correlate alla recidiva o al fallimento di pregresse esperienze extra-murarie (art. 58-quater), che rappresentano una delle principali cause di carcerazione anche per le pene di breve durata.

L'ostatività legata al titolo del reato, inoltre, era stata circoscritta, anche per la detenzione domiciliare c.d. ordinaria (art. 47 *ter* c. 1 *bis*), alle sole fattispecie previste dall'art. 4 *bis* c. 1, ciò che avrebbe prevedibilmente contribuito non poco, unitamente all'allineamento del limite di pena a quello di 4 anni previsto dall'affidamento in prova, a fare di questa misura un'estesa alternativa per fasce di condannati che oggi sono invece destinate solo alla carcerazione ed auspicabilmente una misura-ponte verso forme di trattamento extra-murario più aperte.

Sarebbe caduto anche l'innalzamento a 4 anni del limite di pena previsto dall'art. 656 c. 5 c.p.p. per la sospensione dell'ordine di carcerazione nei confronti dei condannati liberi, se non fosse sul punto intervenuta provvidenzialmente la Corte costituzionale con la sentenza n. 41/2018, che lo ha ritenuto coesistente, per ragioni di coerenza sistematica, all'intervenuta fissazione, a quella medesima soglia, del limite di accesso all'affidamento c.d. allargato, introdotto dall'art. 3 c. 1, lett. c), d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

Deve poi registrarsi che il taglio ha interessato settori di intervento non propriamente riconducibili all'ispirazione politica dichiarata.

Vi è infatti ricaduta anche la modifica degli artt. 147 e 148 c.p., volta ad equiparare il trattamento delle persone affette da gravi infermità psichiche sopravvenute a quello degli altri malati gravi, nonché la previsione della nuova misura alternativa destinata appunto ai condannati affetti da patologie psichiatriche (art. 47 *septies*), che certamente non rispondevano ad ispirazioni *buoniste*.

Altrettanto dicasi per la rimodulazione delle prescrizioni dell'affidamento in prova, che mirava a rafforzare l'effettività anche in funzione di un maggior controllo sociale.

Cosa resta dunque nel decreto approvato il 2 agosto dal Consiglio dei Ministri?

Il capo I è dedicato all'assistenza sanitaria in ambito penitenziario ed è destinato a dare attuazione alla direttiva l) della legge delega, di cui tralascia però totalmente in richiamo alla necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica.

Le modifiche riguardano prevalentemente l'art. 11 O.P.

Cambia la competenza per l'autorizzazione del trasferimento dei detenuti per motivi di cura in strutture sanitarie esterne che, per gli imputati, compete al giudice procedente, individuato con criteri analoghi a quelli previsti dall'art. 279 c.p.p. (salvo per l'attribuzione al Presidente quando il giudice sia collegiale), fino alla pronuncia della sentenza irrevocabile.

Di rilievo è la nuova previsione, contenuta nel comma 10, che sancisce il diritto alla continuità dei trattamenti intrapresi prima della carcerazione anche per i detenuti che abbiano in corso programmi terapeutici di transizione sessuale.

È sancita altresì la possibilità per i detenuti, previa autorizzazione (stavolta demandata al giudice procedente solo fino alla sentenza di primo grado ed al direttore dell'Istituto in seguito), di accedere a proprie spese non solo a visite mediche, ma anche a trattamenti medici, chirurgici e terapeutici espletati da professio-

nisti di propria fiducia all'interno delle infermerie e dei reparti clinici e chirurgici degli Istituti, previ accordi con l'azienda sanitaria competente.

È rafforzato infine l'obbligo di documentare, anche mediante riprese fotografiche, all'atto della visita di primo ingresso, eventuali segni o indicazioni che facciano apparire che la persona possa avere subito violenze o maltrattamenti, circostanza che, fermo l'obbligo di referto, deve essere comunicata al direttore ed al Magistrato di Sorveglianza.

Il capo II è dedicato alla semplificazione dei procedimenti ed è destinato a dare attuazione alla direttiva a) della legge delega, una direttiva che aveva destato qualche timore per i rischi correlati alla compressione del contraddittorio.

L'elemento di maggiore novità è la previsione di una procedura semplificata per la decisione delle istanze presentate dai condannati in stato di libertà ai sensi dell'art. 656 c. 5 c.p.p., quando la pena da eseguire non ecceda un anno e sei mesi (art. 678 c. 1 *ter*).

Si prevede che il Presidente del Tribunale di Sorveglianza, acquisiti i documenti e le necessarie informazioni, designi un magistrato relatore, assegnandogli un termine entro il quale possa applicare in via provvisoria, con ordinanza adottata *de plano*, una delle misure previste dall'art. 656 c. 5 c.p.p.

L'ordinanza potrà poi essere confermata senza formalità dal Tribunale di Sorveglianza, che dovrà invece procedere nelle forme ordinarie se non intende confermarla. Analogamente dovrà procedersi in caso di opposizione, proponibile nel termine di dieci giorni dalla comunicazione o notificazione dal pubblico ministero, dall'interessato o dal difensore. L'esecuzione dell'ordinanza

resta sospesa durante il termine dell'opposizione o fino alla decisione sulla stessa.

Si tratta di un procedimento astrattamente suscettibile di garantire una notevole economia processuale ed auspicabilmente un'accelerazione dei tempi di decisione, nei soli casi destinati all'accoglimento, statisticamente frequenti nella fascia di condannati cui la procedura semplificata è destinata.

La necessità di procedere nelle forme ordinarie per l'eventuale rigetto dell'istanza, garantisce rispetto a qualsiasi pregiudizio correlato alla contrazione del contraddittorio.

Gli artt. 7 c. 1, lett. a), e 9, danno attuazione alla direttiva d) della legge delega, nella parte in cui si richiedeva la previsione dell'osservazione scientifica della personalità anche in libertà, che viene demandata agli U.E.P.E. prevedendo che, oltre alle indagini socio-familiari, procedano anche all'osservazione del comportamento.

La direttiva d), nella parte concernente il rafforzamento del sistema dei controlli, è attuata mediante la previsione (art. 8) del coinvolgimento, su richiesta e secondo le indicazioni del direttore dell'U.E.P.E., della Polizia Penitenziaria, in coordinamento con l'autorità di pubblica sicurezza.

Si tratta tuttavia di un intervento limitato all'osservazione delle prescrizioni inerenti alla dimora, alla libertà di locomozione e ai divieti di frequentare determinati locali o persone e di detenere armi, da attuarsi con modalità tali da garantire il rispetto dei diritti dell'interessato e dei suoi familiari e conviventi, da recare il minor pregiudizio possibile al processo di reinserimento sociale e la minore interferenza con lo svolgimento di attività lavorativa. Ciò al fine evidente di preservare la natura fiduciaria della relazione con l'autorità che connota le misure alternative, pur nel perseguimento dell'obiettivo di un controllo più effettivo.

Il capo IV, dedicato alle disposizioni in tema di vita penitenziaria è il più articolato e contiene diverse disposizioni di rilievo.

Si nota però, anzitutto, specialmente nel raffronto con le versioni precedenti dello schema di decreto, un evidente ripensamento, tradottosi in sistematici emendamenti, sulla parte della direttiva r) riferita alla *sorveglianza dinamica* e, in generale, verso l'idea della condivisione degli spazi e della vita di comunità, quale elemento di conformità della vita penitenziaria a quella esterna, che grande rilievo riveste non solo ai fini del miglioramento delle condizioni di vita dei reclusi, ma anche per l'espletamento di un'efficace osservazione.

Di notevole impatto, anche da un punto di vista simbolico, sempre nel raffronto con le versioni precedenti, è l'eliminazione dall'art. 1 O.P., contenente la definizione del trattamento penitenziario, del richiamo alle *Regole Penitenziarie del Consiglio d'Europa*.

Nondimeno, residuano importanti interventi, in particolare in materia di assegnazioni, trasferimenti ed isolamento, suscettibili di rafforzare significativamente la tutela dei diritti dei detenuti, anche grazie alla possibilità di esperire reclamo al Magistrato di Sorveglianza ai sensi dell'art. 35 *bis* O.P., in caso di violazione.

In conclusione, per quanto lo schema di decreto presenti aspetti di novità che indubbiamente possono essere accolti con favore e che inducono ad auspicare, pur negli attuali minimi termini, la definitiva approvazione, non si può che registrare con profondo rammarico l'esito deludente a cui perviene un percorso che aveva alimentato la speranza di una grande riforma.

Certamente l'amezza potrebbe essere in parte attenuata se andassero in porto gli altri tre decreti legislativi che ancora attendono il parere delle Camere, le cui speranze di approvazione, nell'approssimarsi del 2 ottobre, appaiono ridotte al lumicino, per quanto giunga notizia della calendarizzazione del loro primo esame.

In ogni caso, sembra proprio che il meteorite si sia ridotto ad un sassolino.

La prescrizione a cinque stelle

DI DARIO MICHELETTI

PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PENALE - UNIVERSITÀ DI SIENA

Stando ai programmi dei partiti di maggioranza, ai proclami dei loro *maîtres à penser* e al contratto di Governo, non v'è da attendersi nulla di buono in materia di prescrizione dalla prossima legislatura.

Già intaccato in profondità dalla recente riforma Orlando – che ha imposto una “tassa temporale” di un anno e mezzo per ogni grado d'impugnazione – uno degli istituti cardine del nostro sistema di giustizia pare destinato a uno scellerato progetto demolitorio che altro non riflette se non la sua totale incomprensione. Lungi dall'essere *«l'ancora di salvezza dei delinquenti e una delle principali cause di intasamento dei Tribunali»*, come il ministro Alfonso Bonafede proclamava prima d'insediarsi in via Arenula (www.beppegrillo.it del 24 ottobre 2015), la prescrizione è in realtà il rimedio, la soluzione, l'imprescindibile contromisura adottati da un ordinamento doverosamente rispettoso dei diritti umani (il riferimento è al principio della ragionevole durata dei processi previsto dagli artt. 6 C.E.D.U e 111 Cost.) per impedire che un individuo rimanga intrappolato per sempre in un processo penale.

Nulla di più subdolamente deformante v'è dunque nella ricorrente affermazione che la prescrizione *costituisca* un fallimento dello Stato (www.beppegrillo.it del 24 ottobre 2015). Casomai la prescrizione *registra* il fallimento dello Stato che non è risuscito per tempo a giudicare il fatto. E non comprendere la differenza altro non è che il frutto di un fraintendimento così macroscopico da superare quello del tifoso che addossi la sconfitta della propria squadra all'arbitro che ha fischiato la fine della partita.

Il malinteso è eclatante. Eppure viene ripetuto come un mantra dai teorici del “processo senza fine”, tanto da aver trovato una definitiva consacrazione nel *beau geste* del neo Ministro della Giustizia che, invece di in-testare a sé stesso l'annunciata riforma della prescrizione, ne auspicherebbe la denominazione di “legge Viareggio” (*Prescrizione, Bonafede: “Riforma è priorità, la chiamiamo Viareggio: mai più tragedie in cui lo Stato non accerta la verità”*, da *Il FattoQuotidiano* del 29 giugno 2018). Nulla meglio di una siffatta etichettatura si

presta infatti a svelare il grossolano equivoco di cui è preda l'ideologia antiprescrizionale. Che cosa, infatti, «è inaccettabile in uno Stato di diritto»? A cosa si avrebbe «*il dovere morale di dire mai più?*». È alla prescrizione cui merita rivolgere tanto sdegno, ovvero ci si dovrebbe piuttosto allarmare di un sistema giurisdizionale che – senza nulla togliere all'impegno dei magistrati coinvolti nel caso – ha richiesto oltre sette anni e mezzo anche solo per emettere una sentenza di primo grado. È della prescrizione, o di questo “servizio giurisdizionale” che lo Stato dovrebbe scusarsi con le vittime? E si badi: sette anni e mezzo non già per giudicare un fatto di reato occulto o clandestino, entrato quindi con ritardo nel circuito giurisdizionale; ma un disastro colposo quanto mai drammatico ed eclatante che sin dal primo istante ha doverosamente richiamato l'attenzione tanto dell'opinione pubblica quanto della magistratura requirente. È allora ammissibile che uno Stato moderno, di fronte a uno dei fatti più tragici della propria storia recente, senza l'appesantimento di depistaggi o della faticosa rincorsa di alibi da smontare, abbia impiegato per lo svolgimento del solo primo grado di giudizio un tempo di gran lunga superiore all'intervallo di circa sei anni preventivato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per il completamento di un intero procedimento penale?

Questo – e non già la prescrizione – è il vero dramma della giustizia penale italiana a cui, oramai, gli operatori si sono assuefatti. E nessun esempio migliore del processo per la strage di Viareggio si presta a comprendere, lontano da facili populismi, che il meccanismo estintivo connesso al decorso del tempo non è il male ma la “reazione a un male”: come la febbre lo è di un agente patogeno, o l'elevato indice glicemico lo è di un regime alimentare sbagliato. Ecco perché illudersi di risolvere l'endemica lentezza del nostro sistema penale eliminando o paralizzando la prescrizione non sarebbe molto più assennato della terapia che cerchi di curare il paziente affetto da diabete senza metterlo a dieta, ma riempiendolo di farmaci così da lasciare che continui a ingozzarsi. Non è offuscando il sintomo che si contrasta la patologia.

Di contro, se proprio si vuol varare una “legge Viareggio”, lo si faccia per istituire finalmente presso le sedi di Corte d'Appello dei giudici specializzati nelle materie più tecniche (sicurezza sul lavoro, diritto penale ambientale, reati finanziari ecc.) che non possono trovare adeguate competenze specifiche, soprattutto presso gli organi di polizia ed investigativi, in ogni provincia d'Italia. Sono queste le riforme che restituirebbero efficienza al sistema giustizia, non certo l'eliminazione dei limiti temporali massimi dell'azione penale.

Ma non è questa l'unica né la più grave delle imposture intellettuali perpetrate, con consapevolezza o meno, dai detrattori della prescrizione. Tra le più ricorrenti e volgari v'è la tesi secondo cui la sola esistenza di tale meccanismo si presterebbe a un abuso del diritto di difesa finalizzato nulla più che al raggiungimento del termine estintivo quale unica salvezza di fronte a una condanna altrimenti certa. Una falsità sguaiata che solo una persona totalmente digiuna di processi o in palese malafede può accreditare, essendo – come noto – il governo dei tempi processuali dapprima nella esclusiva disponibilità del pubblico ministero e poi nelle sole mani del giudice procedente. Ecco perché, da quando è stata riformata in termini restrittivi la disciplina della causa di sospensione, ed espunto per via pretoria dal computo della prescrizione l'ingombro temporale richiesto per le impugnazioni inammissibili, ogni persona dotata di un minimo di esperienza forense e onestà intellettuale sa bene che non v'è possibilità alcuna per un avvocato di ottenere con scaltrezza l'estinzione del reato per decorso del tempo.

Altro dunque che abuso del diritto di difesa occasionato dalla presenza della prescrizione. È semmai la crociata antiprescrizionale ad avere eroso negli anni il diritto di difesa sotto l'egida di un'assurda interpretazione oggettivizzante, anziché personalistica, della ragionevole durata del processo prevista dall'art. 111 Cost., che ha finito per delegittimare ogni vincolo di garanzia che possa intralciare la rapidità dell'azione punitiva. Valga per tutti il riferimento al principio di immediatezza ed oralità del processo penale, che nella sua indiscutibile giustezza aveva ispirato l'art. 525, comma 2, c.p.p. il quale prevede, come sarebbe ovvio, la rinnovazione istruttoria in caso di mutamento del giudice. Ebbene, l'odio accecante per la prescrizione ha spazzato via questa scontata garanzia, assieme a molte altre regole che miravano a evitare la cartolarizzazio-

ne del processo penale (quale avvocato fortunato può dire di avere ottenuto una rinnovazione istruttoria in appello ex art. 603 c.p.p. in mancanza di un ricorso del PM?). E solo chi è poco informato della realtà può sostenere che l'art. 525 c.p.p. costituisca un intralcio ai tempi della giustizia perché «raramente» gli avvocati prestano il proprio consenso alla mancata riassunzione delle prove con l'obiettivo di conseguire il termine di prescrizione (così P. Davigo, *Una prescrizione vi salverà*, in *Micromega* n. 7/2014). Il vero è al contrario che nessun avvocato avveduto si sognerebbe mai di non prestare il consenso all'utilizzabilità dell'attività istruttoria già espletata, vuoi perché la giurisprudenza si è "inventata" la regola secondo cui la rinnovazione può essere evitata, a prescindere dal consenso, tramite la semplice lettura dei verbali cosicché l'eventuale dissenso non produrrebbe alcun ritardo; vuoi perché l'avvocato dissenziente si esporrebbe a una rappresaglia giudiziale per mano del nuovo giudice-ultore di cui finirebbe per fare le spese il proprio assistito.

Ma la crociata antiprescrizionale ha fatto registrare negli ultimi anni un ulteriore e ancor più deterioro salto di qualità. Con la scusa di guadagnare tempo, l'attacco non viene più rivolto al supposto abuso del diritto di difesa: oramai è il diritto di difesa *tout court*, se non la presenza stessa del difensore ad essere visti come un intralcio. Prova ne sia che il bersaglio recentemente prediletto dagli *bater* della prescrizione è un diritto elementare della meccanica processuale come quello alle impugnazioni: tanto da volersi ricorrere ad autentiche intimidazioni – il riferimento è all'abolizione del divieto di *reformatio in peius* in mancanza d'impugnazione del PM (Punto n. 15 del programma del Movimento5Stelle) – onde dissuadere la difesa dal coltivare propositi di riforma di una sentenza di condanna.

Ora, anche a prescindere dalla compatibilità costituzionale di una siffatta logica estorsiva, sono ancora una volta i dati di fatto a smascherare la totale arbitrarietà di simili proposte. Per convincersene il Ministero di Giustizia, che ha fatto propria tale insana prospettiva di riforma redigendo il punto n. 15 del programma del proprio movimento, potrebbe dare una scorsa all'interessantissima "*Analisi statistica dell'istituto della prescrizione in Italia*" pubblicata nel maggio del 2016 del Dicastero che egli presiede. Ebbene, nello schema a pagina 7 intitolato "*La prescrizione nelle Corti d'appello*" ben si mette in evidenza come «*si registri una grande differenza nell'incidenza delle prescrizioni sulle definizioni nelle Corti d'appello*»: prova ne sia che ambiti territoriali purtroppo non immuni da alti tassi di criminalità, come Caltanissetta e Palermo, fanno registrare in appello percentuali di prescrizione assai basse, di circa il 5 %, mentre altre Corti d'Appello, su tutte Venezia, sono afflitte da percentuali di prescrizione che sfiorano il 50%.

Se così è, salvo a volersi sostenere che i più "guappi" avvocati si concentrano tutti nei pressi di Piazza san Marco, occorrerebbe con onestà riconoscere che la prescrizione riflette una carenza organizzativa e di strutture (come rilevano fra l'altro le Tabelle di pag. 10 e 11 della medesima *Analisi statistica* ove si registrano «*grandi differenze nell'incidenza delle prescrizioni tra i diversi Tribunali*»), non già la pretestuosità delle impugnazioni che si vorrebbero contenere. Con la conseguenza che l'abolizione del divieto di *reformatio in peius*, in tanto in quanto slegata dalle reali cause del problema, non risolverebbe alcunché rivelandosi solo per quello che è: un ulteriore deleterio arretramento del livello di garanzie di un sistema penale oramai drammaticamente allontanatosi dai principi costituzionali – *in primis* quello di legalità – sui quale dovrebbe invece reggersi.

Tra le numerose adulterazioni argomentative della litania antiprescrizionale, la più infida e perniciosa – anche perché suggestiva e difficile da smascherare ai profani – è quella secondo cui la disciplina prevista dagli artt. 157 ss. c.p. costituirebbe «*un'anomalia nel panorama di tutte le democrazie occidentali*», essendo il nostro l'unico ordinamento in cui «*la prescrizione (...) non s'interrompe mai*», laddove negli altri Stati il meccanismo estintivo si bloccherebbe con il rinvio a giudizio o la condanna di primo grado (così da ultimo CASELLI, *Governo M5s-Lega, cosa va e cosa no nella giustizia immaginata nel contratto*, in *Il FattoQuotidiano* del 1 giugno 2018).

Il problema di questa argomentazione non è tanto la sua inesattezza in termini comparatistici, essendo infatti la nostra meccanica prescizionale debitrice del modello tedesco. Né si contesta la praticabilità teorica del blocco della prescrizione in corrispondenza della prima sentenza di condanna (si veda, fra i primi a prospettare tale soluzione, pur nel quadro di una generale ristrutturazione garantista dell'istituto, GIUNTA – MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione e funzioni della pena nell'ambito della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 116 ss.). Il problema di tale argomentare sta ancora una volta nella distorsione prospettica che esso riflette e persegue, trascurando che i presupposti di funzionalità dell'istituto sono diversi da ordinamento a ordinamento proprio perché ogni meccanica prescizionale deve adattarsi alle peculiarità del sistema processuale di riferimento (per un analogo rilievo di carattere generale avverso le “facili soluzioni d'importazione” v. *La Relazione* del 23 aprile 2013 della Commissione Fiorella per lo studio di una possibile riforma della prescrizione, pag. 1).

È benvero allora che la disciplina della prescrizione italiana rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale; così come del resto ogni disciplina prescizionale ha tratti suoi propri. Ma tale unicità altro non è che il riflesso necessitato della più peculiare anomalia del nostro sistema penale, che è rappresentata dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, il quale riversa nel sistema una mole di procedimenti penali – il numero supera costantemente da svariati anni il milione e mezzo di procedimenti per sole persone note (v. gli Annuari Statistici della Corte di cassazione pubblicati su www.cortedicassazione.it) – tale da non poter essere smaltita da alcun apparato giurisdizionale concretamente realizzabile. Lo rivelò con incontrovertibile obiettività una Commissione di riforma dell'ordinamento giudiziario nominata dall'allora Ministro Conso e composta in prevalenza di magistrati di tutte le correnti; così come lo ebbe a riscontrare una Commissione presidenziale nominata dall'allora presidente Chirac che aveva il compito di saggiare la praticabilità del passaggio al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (cfr. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in www.irsig.cnr.it, 8). Da qui la conseguenza che ove si procedesse a riformare la prescrizione, senza ridurre il flusso d'ingresso del sistema, altro effetto non si otterrebbe se non un progressivo e sempre maggiore allungamento dei procedimenti penali, che non essendo più calmierati da un termine massimo di durata, si accumulerebbero negli Uffici Giudiziari sino al loro definitivo e sempre più ritardato completamento.

Se, dunque, si vuole continuare a denunciare l'anomalia della prescrizione italiana, caratterizzata da un tasso ormai costante di circa 100.000 procedimenti estinti ogni anno, sarebbe corretto aggiungere, a chiarimento, per lo meno tre considerazioni esplicative. La prima è che tale risultato null'altro riflette se non il numero dei procedimenti che la macchina giurisdizionale non riesce a smaltire, e non già per le deprecabili strategie delle difese, ma per un'intrinseca e ovvia “portata massima” delle strutture sotto l'incessante flusso d'immissione generato dall'art. 112 Cost. In secondo luogo occorrerebbe chiarire che in termini assoluti il numero di procedimenti estinti può sembrare elevato, ma – anche grazie alla laboriosità della nostra magistratura – esso corrisponde da anni a meno del 10 % dei procedimenti avviati. In terzo luogo, ma è l'aspetto principale, sarebbe opportuno chiarire che la gran parte delle prescrizioni si registra nelle fasi preliminari del giudizio (la percentuale oscilla negli anni dal 50 al 70% annuo della somma complessiva), rivelando così – ciò che in realtà tutti ben sanno ossia – che tale istituto viene “sfruttato” dalle Procure della Repubblica come strumento di elusione dell'obbligatorietà dell'azione penale e, di conserva, quale “anomala forma di clemenza” (COSÌ INSOLERA, *Le clemenze anomale*, in *DPC* del 29 settembre 2014) del quale beneficiano gli indagati coinvolti nei procedimenti che il singolo Sostituto Procuratore non vuole o non ha interesse a coltivare. Per il resto la prescrizione opera come mezzo di “selezione naturale”, colpendo procedimenti avviati con irrecuperabile ritardo rispetto al *tempus commissi delicti*, ovvero che la macchina processuale ha a deliberatamente o colpevolmente trascurato.

Volendo – per concludere – vi sarebbe però una modifica che il neoministro potrebbe immediatamente adottare per ottenere una tangibile riduzione dei procedimenti, e conseguentemente delle prescrizioni, senza mettere mano ad ardue e sempre asfittiche politiche di depenalizzazione, e senza imbarcarsi nell'immane progetto di riformare l'art. 112 Cost. Sarebbe sufficiente importare quella semplice regola di civiltà giuridica caratteristica dei paesi d'oltralpe (cfr. il 467a StPO tedesco e § 393a StPO austriaco) in forza del quale nel caso di assoluzione, proscioglimento *et similia*, le spese necessariamente sostenute dall'imputato sono a carico dello Stato. A tale innovazione basterebbe poi affiancare il doveroso controllo della Corte dei conti, con conseguente responsabilità contabile a carico del titolare dell'azione penale (o del GIP), nel caso di superamento di determinate "soglie di rimborso" fatte registrare dai singoli Uffici Giudiziari (sulla necessità di un controllo di spesa quale strumento di riduzione delle indagini superflue v. anche per gli esempi concreti. Di FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit. e le ulteriori opere dello stesso autore). Non sarebbe una panacea, ma il tasso di prescrizione v'è da ritenere che scenderebbe. Oh se scenderebbe.

