

IL MESSAGGIO DEL PRESIDENTE NAPOLITANO E LE POLITICHE PENALI

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Ragioni e costi della clemenza. - 2. L'esigenza di svolte di sistema. - 3. Deflazione delle comminatorie di pena detentiva. - 4. Le prassi giudiziarie. - 5. Quali effetti attesi? - 6. Difficoltà nella ricerca di nuovi equilibri.

Il messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica in data 8 ottobre 2013, mirato sulla questione carceraria, mette in discussione in modo diretto il sovraffollamento carcerario e l'obbligo di conformarsi alla sentenza pilota della Corte EDU 8 gennaio 2013¹, entro il termine di un anno dalla sua pubblicazione (*"inderogabile necessità di porre fine, senza indugio, a uno stato di cose che ci rende tutti corresponsabili delle violazioni contestate all'Italia dalla Corte di Strasburgo"*). Vi è affermata la *stringente necessità di cambiare profondamente* la condizione delle carceri in Italia: un imperativo, ad un tempo, *giuridico e politico e morale*. Ma in gioco c'è molto più. Accanto all'urgenza di rimediare alla violazione in atto, – anche con *rimedi straordinari* – vi è l'esigenza di incidere sulle condizioni che hanno prodotto e potrebbero riprodurre l'attuale stato di sovraffollamento intollerabile. Un'esigenza dunque (così il testo presidenziale) di *innovazioni di carattere strutturale*.

1. Ragioni e costi della clemenza.

Ragioni ben comprensibili hanno focalizzato l'attenzione sui possibili (inevitabili?) rimedi straordinari, cioè provvedimenti di clemenza. Depurato dagli elementi della attuale contingenza politica, lo scenario non sarebbe nuovo. Nei decenni della Repubblica (e anche prima) v'è stata a lungo una prassi di amnistie e indulti concessi con frequenza, congiuntamente², adducendo esigenze di deflazione d'un altrimenti ingestibile sovraccarico giudiziario, legato ad un sistema penale sovrabbondante, ed esigenze di contenimento della popolazione carceraria, che invece sarebbe cresciuta in modo eccessivo se il rigorismo del codice avesse avuto un'intransigente applicazione. La riforma costituzionale del 1992, introducendo il *quorum* di due terzi, ha interrotto il ciclo dei provvedimenti generali di clemenza, ma il

¹ La sentenza Torreggiani è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 927 s., con nota di M. DOVA.

² Nel 1953, 1959, 1963, 1966, 1970, 1978, 1981, 1986, 1990.

persistere delle medesime condizioni strutturali di carcerizzazione ha tenuto aperta la questione. È fresco il ricordo dell'indulto del 2006 (legge 31 luglio 2006, n. 241) all'inizio della XV legislatura: un indulto largo (3 anni) con le solite finalità di deflazione carceraria.

Subito prima dell'indulto, alla data del 26 maggio 2006, risultavano presenti 61.353 detenuti, a fronte di una recettività regolamentare di 45.400 posti. Dopo l'indulto la popolazione carceraria è scesa a meno di 40 mila. L'effetto deflattivo è stato rapidamente riassorbito: al 31 dicembre 2008 la popolazione carceraria era risalita a oltre 58 mila. Al 31 luglio 2011 era arrivata a 66.942 (di cui 23.916 stranieri). Al 30 giugno 2013 risultano presenti in carcere 66.028 persone: ci troviamo oggi dinanzi al drammatico riemergere del medesimo problema che sta a monte dei tanti provvedimenti di clemenza che hanno segnato la nostra storia recente.

Per la scombinata maggioranza uscita dalle elezioni del 2006, l'indulto si è risolto in un *boomerang* politico. Era, realisticamente, una cura palliativa senza alternative; non ha aumentato i tassi di criminalità e di recidiva, paventati da oppositori frontali; ma non è seguita alcuna politica del diritto penale che stabilizzasse l'effetto di deflazione carceraria. La legislatura successiva, iniziata nel 2008 con una diversa e larga maggioranza, ha imboccato la strada securitaria, rispondente ad umori diffusi (e strumentalmente alimentati), focalizzata su obiettivi diversi e disfunzionali rispetto alla riduzione della popolazione carceraria.

Sulla scelta di partire con l'indulto, nel 2006, ho svolto riflessioni critiche pubblicate sotto il titolo *"Seduzioni e costi della clemenza"*³. Di fronte ai medesimi, perduranti problemi, ripropongo la mia valutazione di allora. *La strada della clemenza – che per definizione paga il costo della rottura dell'uguaglianza nell'applicazione della legge – ha il vantaggio di essere la meno impegnativa sul piano delle scelte di politica legislativa; una semplice, contingente (e discriminatoria) correzione di alcuni effetti del sistema esistente. In questo senso è una strada realistica, perché sostanzialmente conservatrice: modellata sul sistema esistente, ancorché suscettibile di successivi sviluppi riformatori che nella situazione spirituale del nostro mondo non credo possano darsi per scontati.*

*Non incompatibile, ma anche non necessaria in un percorso riformatore, la clemenza manifesta appieno il suo ambiguo significato nell'ottica disincantata di chi, dubitando della possibilità di una svolta davvero incisiva nella politica penale, vorrebbe recuperare gli istituti della clemenza come strumento politico d'ordinaria gestione del sistema*⁴. Questa linea finisce

³ In *Diritto penale e processo*, 2006, p. 1061 s.

⁴ Una fra le relazioni alle proposte d'amnistia e indulto (on. Boato) partiva dal riconoscimento che *"solo una drastica riduzione dell'area di criminalizzazione primaria"* e meccanismi di deflazione processuale (larga negoziabilità della pena e del processo) sarebbero *"in grado di dare efficienza ed effettività al sistema penale"*. L'opzione per la clemenza poggia su una disincantata valutazione di asserito *realismo politico*: finché la situazione politica non consentirà di adottare idonee tecniche di contenimento dei livelli di penalizzazione, *"gioco forza il sistema della politica sarà chiamato permanentemente ad interferire dall'esterno sul sistema della giustizia penale per determinare, sia pure contingentemente, nuovi livelli di compatibilità fra risorse e funzioni"*. Appunto questo è stato fatto per decenni mediante il ricorso ciclico costante a provvedimenti di clemenza *"come risorsa decisiva per il governo della penalità entro i limiti di volta in volta posti dalle necessità di compatibilità sistemica. Pertanto niente affatto politica di eccezione, ma scelta costante ed 'ordinaria' volta ad operare momentanei"*

però, non senza ragioni meritevoli di considerazione, per accettare e apprezzare come componente (tendenzialmente stabile) del sistema penale la possibilità di rotture mirate dell'ordinaria legalità. Per chi non accetta questa linea, fuoriuscente dall'orizzonte del principio di legalità e strumentalizzabile in vista di esiti ad personam, la questione della clemenza rinvia ad un difficile impegno. Le ragioni addotte a sostegno di una clemenza per i carcerati esigono una svolta radicale nella politica penale, verso una drastica restrizione del campo e delle misure di pene detentive. È una strada politicamente difficile, che deve tenere conto di esigenze di sicurezza che sono facilmente strumentalizzabili, ma di per sé sono ragionevoli, ineludibili, rilevanti nell'arena dei consensi politici e della costruzione democratica delle politiche legislative.

Per queste ragioni ho scelto, a differenza di tanti amici e colleghi, di non sottoscrivere la lettera aperta inviata al Presidente della Repubblica nell'estate 2012, su iniziativa di Andrea Pugiotto, pur condividendone l'analisi della drammatica situazione carceraria e l'ispirazione di fondo: *“trasformare la crisi della giustizia e delle carceri in una opportunità di cambiamento strutturale è, per il Parlamento, un vero e proprio obbligo costituzionale”*, collegato ad obblighi internazionali fatti valere dalla Corte EDU.

Ma proprio in un'ottica di *cambiamento strutturale*, un provvedimento di clemenza è di per sé una risposta ambigua: un farmaco palliativo, ad un tempo medicina e veleno; un rimedio di necessità ed urgenza, volto a eliminare senza indugio situazioni insanabili nel breve periodo. Ma non risolve i problemi che producono e riproducono la richiesta del farmaco; sconta la rottura del principio di uguaglianza dinanzi alla ordinaria legalità, e indebolisce la credibilità del sistema. La clemenza eccezionale potrebbe essere pensata come la prima di una serie serrata di iniziative, ma non sarebbe una buona mossa presentarla come l'iniziativa caratterizzante; le buone intenzioni, ieri come oggi, non mettono al riparo dal rischio che di questa strada siano percepiti gli aspetti peggiori, e che non siano fatti i passi ulteriori.

Oggi, di fronte all'ostinato persistere dell'emergenza carceraria (e giudiziaria), il rimedio straordinario della clemenza è forse l'unica strada per mostrare ottemperanza alla sentenza Torreggiani e salvarci la faccia di fronte all'Europa; e potrebbe forse essere un'utile premessa di un percorso riformatore. Bene ha fatto, dunque, il Presidente Napolitano a porre il tema dei provvedimenti di clemenza, non

ma necessari riequilibri tra input ed output del sistema penale”. In questi termini, conclude l'on. Boato, l'intervento del sistema politico sarebbe *“non solo utile, ma doveroso”*. Coerente con questa impostazione è la proposta di abbassare il *quorum* introdotto dalla riforma costituzionale del 1992, portandolo dai due terzi alla maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna camera: è la soluzione adottata dalla Commissione bicamerale istituita nel 1997, e ripresa in proposte successive. Nello scritto del 2006 ho osservato che il *quorum* rafforzato è una soluzione coerente con una valutazione degli istituti della clemenza (della rottura della 'normale' legalità) come istituti che non appartengono alla 'normale' gestione della politica penale da parte della maggioranza di governo. Il criterio della maggioranza assoluta, che pur ribadisce l'esigenza di un *quorum* qualificato, ricollocherebbe invece le decisioni sulla clemenza nelle mani della maggioranza di governo. La scelta fra i due livelli di *quorum* tocca dunque la sostanza degli istituti: si tratta di scegliere il modello dei rapporti fra maggioranza ed opposizione, relativamente alla gestione della clemenza, cioè della rottura dell'uguaglianza nell'applicazione della legge; e ciò è, ragionevolmente, funzione del ruolo che alla clemenza si voglia attribuire rispetto all'ordinaria gestione del sistema.

isolatamente, bensì dentro il tema di *innovazioni di carattere strutturale*, senza le quali ritorneremmo ben presto al punto di partenza, come è avvenuto dopo l'indulto del 2006.

2. L'esigenza di svolte di sistema.

Ovviamente il messaggio presidenziale va inteso come stimolo di riflessioni e di iniziative di altri poteri, e più in genere della sfera pubblica democratica. Alcuni possibili interventi sono specificamente indicati: meccanismi di *probation*; previsione di pene limitative della libertà personale non carcerarie, riduzione dell'area applicativa della custodia cautelare in carcere, esecuzione della pena all'estero per i condannati stranieri, attenuazione degli effetti della recidiva quale presupposto ostativo di istituti di alleggerimento (sulla disciplina della recidiva il messaggio presidenziale cita la legge n. 94 del 2013, che ha già avviato un'inversione di tendenza rispetto alla legislazione securitaria). L'idea di fondo, enunciata al termine del messaggio, è di *"avviare una decisa inversione di tendenza sui modelli che caratterizzano la detenzione, modificando radicalmente le condizioni di vita dei ristretti, offrendo loro reali opportunità di recupero"*. A tal fine occorre un *"impegno del Parlamento e del Governo a perseguire vere e proprie riforme strutturali ... al fine di evitare che si rinnovi il fenomeno del sovraffollamento carcerario"*.

Un disegno di deflazione del penale era già stato delineato dall'attuale Ministro della giustizia, nella sua audizione in Commissione giustizia Senato del 20 maggio 2013, e dal Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali, istituito dal Presidente della Repubblica, nella Relazione finale (12 aprile 2013). In questo documento (anch'esso evocato nel messaggio) riguardano il penale sostanziale le seguenti proposte: possibilità di riconoscere *l'irrelevanza del fatto ai fini della non configurabilità del reato*; possibilità di considerare le *eventuali condotte riparatorie come cause estintive del reato* in casi lievi; *maggiore spazio per pene alternative alla detenzione*, anche come pene principali; un *ampio processo di depenalizzazione* (cioè di opzione per sanzioni non penali). Questa linea è stata ripresa dal Ministro: nella prospettiva della *razionalizzazione del sistema sanzionatorio "andrebbe affrontato, in termini condivisi, sia un percorso di decriminalizzazione astratta (ossia di abrogazione di fattispecie di reato o trasformazione di reati in illeciti amministrativi), che di depenalizzazione in concreto, attraverso l'introduzione dell'istituto dell'irrelevanza del fatto e di meccanismi di giustizia riparativa"*⁵. È la strada che era stata imboccata dal disegno di legge approvato a larga maggioranza dal Senato il 4 dicembre 2012, decaduto per fine legislatura.

Idea guida additata del Ministro è il *"principio del minor sacrificio possibile della libertà personale"*, cui la Corte costituzionale ha *"ripetutamente fatto richiamo"*. Nella

⁵ Ho svolto qualche riflessione su questi documenti in D. PULITANÒ, [Quale agenda per la giustizia penale?](#) (in questa Rivista, 31 maggio 2013; in corso di ripubblicazione in *Riv. trim. di diritto penale contemporaneo*, 2013, n. 3).

giurisprudenza costituzionale questo principio è stato valorizzato a proposito di misure di sicurezza, a partire dalla sentenza n. 253/2003, con l'invalidazione di talune rigidità della disciplina codicistica; a proposito di misure cautelari personali, a partire dalla sentenza n. 265/2010, con l'invalidazione di talune rigidità della legislazione securitaria in materia di custodia in carcere.

Con riguardo al sistema sanzionatorio, l'idea del minimo sacrificio necessario è un aspetto dell'idea del penale come *extrema ratio*, che caratterizza l'approccio liberale fin da Beccaria. Una formula tanto ripetuta a parole, quanto maltrattata dalle politiche penali realmente praticate, delle quali la perenne emergenza carceraria è l'effetto prevedibile.

L'emergenza carceraria, segnata dalla violazione di diritti umani, mette in discussione (sotto aspetti importanti) la *qualità morale* dei prodotti di un'istituzione che dovrebbe essere 'di giustizia'. Appunto l'insostenibilità (morale e giuridica e politica) della situazione attuale fa ritenere sostenibile persino il prezzo della eventuale rottura dell'ordinaria legalità, per definizione insita in provvedimenti di clemenza. Questa non può essere semplicisticamente identificata come ingiustizia: legalità e giustizia sono concetti diversi. Per *tematizzare* il *problema penale* serve un linguaggio che mantenga leggibile la distinzione e connessione fra essere e dover essere del diritto, la tensione fra diritto e giustizia.

Le scelte sanzionatorie e le pratiche punitive sono il volto meno razionale e meno razionalizzabile del sistema penale. Il volto razionale, più gratificante e più coltivato dai giuristi, è il mondo dei concetti e dei principi della teoria del reato, l'elaborazione di 'giusti' criteri di attribuzione di responsabilità. L'aspetto precettivo è il più importante. Il problema sanzionatorio è *secondario*, nel senso che viene dopo: la minaccia di pena è uno strumento di rafforzamento di ciò che conta di più: i precetti e l'osservanza dei precetti.

Il mondo delle pene è l'aspetto più esposto a valutazioni e scelte politiche⁶, affidato a criteri fortemente opinabili di traduzione delle valutazioni relative all'illecito in scale punitive. È il piano su cui la discrezionalità politica del legislatore e la discrezionalità applicativa del giudice si dispiegano con maggior libertà, negli spazi lasciati aperti dai vincoli costituzionali e (per il giudice) dai criteri legali. Un campo in cui la scienza *wertfrei* (non dipendente da giudizi di valore) cede il passo alla valutazione politica (e morale).

Il *problema penale* ha a che fare con la ambivalenza della pena fra bene e male: fra il suo contenuto naturalistico (per definizione) di sofferenza e di compressione di diritti, e la sua pretesa di essere un bene dal punto di vista etico-giuridico. Il versante del male è l'essere della pena, il dato di partenza; il versante morale è un dover essere, per definizione discutibile nelle pratiche punitive realmente esistenti.

⁶ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in corso di pubblicazione (relazione al primo Convegno nazionale della Associazione dei professori di diritto penale, Firenze, novembre 2012).

Nella *città dolente* del carcere rinchiodiamo persone dichiarate colpevoli dei delitti più gravi, e anche di reati meno gravi; anche imputati ritenuti raggiunti da gravi indizi, e per i quali si ritengano sussistenti esigenze cautelari. È su questo versante che va ricercata la radice dei problemi della città dolente, delle violazioni dei diritti umani.

L'ottica dominante nelle politiche penali guarda in direzioni che lasciano in secondo piano (al piano più basso) i diritti dei condannati. Le politiche penali sono costruite dai legislatori pensando non all'uomo che soffre, ma al trasgressore dei precetti, al *delinquente* che merita d'essere condannato.

Ed è questa *l'unica* prospettiva che può giustificare l'esistenza di un sistema penale. Non la *rieducazione* del condannato, qualunque cosa ciò significhi: la pena e il carcere non sono pensati come scuola nell'interesse dell'allievo, ma come pezzi di un sistema di tutela legale di interessi legati alla civile convivenza, vuoi nell'ottica retributiva (*quia peccatum est*), vuoi in quella preventiva (*ne peccetur*). Nell'inferno del carcere il condannato è portato da un legislatore e da un giudice che affermano (proprio come il diavolo loico e maligno dell'inferno dantesco)⁷ una pretesa di giustizia sottesa all'inflizione del male della pena. La rieducazione è un moderno vincolo modale (e morale) nella costruzione di un sistema che trova altrove la sua possibile legittimazione, perché naturalisticamente è e resta un male. Nel sistema costituzionale, una finalità che "*non può mai essere integralmente sacrificata*"⁸, nell'ambito di una pluralità di funzioni.

L'umanizzazione della città dolente è un imperativo morale inderogabile, che si trova a fare i conti con le normali politiche penali, con le loro correnti giustificazioni, con la qualità di giustizia dei loro prodotti. Se è valutazione condivisa che il sistema produce ingiustizie sistemiche, come mai il fallimento nel porvi rimedio? Come mai il rapido ritorno all'emergenza carceraria dopo il rattoppo del 2006? La produzione di effetti negativi mostra che c'è qualcosa che non va, e che chiede (come dice il messaggio presidenziale) *innovazioni anche di carattere strutturale*.

Prendere sul serio l'esigenza di innovazioni di carattere strutturale significa ripensare criticamente le politiche penali fin qui praticate: l'area applicativa delle norme penali, le comminatorie di pena detentiva, le possibili alternative anche a livello di pene edittali, le dinamiche e le condizioni materiali dell'eventuale esecuzione penitenziaria. La ricerca dei punti critici e dei possibili rimedi può essere condotta su diversi piani: quello delle politiche legislative penali, delle politiche in genere, dell'enforcement giudiziario.

L'ingorgo carcerario mette in discussione politiche legislative penali che puntano troppo sulla pena detentiva. Politiche sbilanciate in un'ottica securitaria, o semplicemente di faccia feroce nei confronti di certi fenomeni criminali o presentati come tali. Sono politiche sorrette da largo consenso, che danno risposte forti sul piano simbolico a bisogni di protezione reali, o artificialmente gonfiati. Talora risposte

⁷ Dante, *Inferno*, canto XXVII.

⁸ Così la citata lettera aperta. È una linea ben riconoscibile nella giurisprudenza costituzionale: n. 313 del 1990, n. 306 del 1993.

ragionevoli e necessarie; talora solo simboliche; talora controproducenti perché produttive di attività inutili; talora produttive di più carcere, e quindi causa diretta dei problemi dinanzi a cui ci troviamo.

Un'inversione di tendenza, sollecitata pressoché coralmemente dal mondo dei giuristi, è politicamente difficile. Efficacia operativa e valenza simbolica delle norme penali sono risorse di cui fanno uso politiche orientate a valori e interessi diversi (potremmo chiosare: rivolte a un pubblico di elettori). L'idea che previsioni di una maggior pena servano a *rafforzare la tutela* – del tutto indimostrata, e comunque non sostenibile in termini generici – fa pure parte della vulgata ideologica punitiva, dimentica di Beccaria. Fare uso della risorsa penale può essere una scelta legislativa legittima, a certe condizioni ed entro certi limiti, e più o meno idonea sul piano tecnico, con costi più o meno elevati. Bilanciare i (possibili) benefici attesi e i (sicuri) costi rientra fra le scelte rimesse alla valutazione politica del legislatore, formata nel complicato contesto della sfera pubblica di una democrazia liberale.

Sono questi i nodi, o meglio gli snodi che hanno condotto all'ipertrofia carceraria, e all'ipertrofia di scelte di incriminazione e di comminatorie di pena detentiva che, pur traducendosi solo in parte in pene da espiare in carcere, concorrono a caratterizzare l'ambiente normativo e culturale entro cui si amministra il *law enforcement* penalistico (la cosiddetta 'giustizia penale', formula impropria perché confonde diritto e giustizia). Sono le dinamiche della democrazia realmente esistente a produrre norme e prassi penali che la cultura giuridica combatte con buone ragioni e con risultati mediocri⁹.

La previsione legislativa di pene severe (e di aumenti di pena) ben si presta ad esprimere in modo simbolicamente appariscente linee di rigore che di volta in volta il legislatore di turno intenda enfatizzare. Nella legislazione securitaria (e non solo) v'è un proliferare di norme speciali più severe e di circostanze aggravanti (ancorché gli effetti pratici sulla commisurazione delle pene possano essere assai modesti, o addirittura neutralizzati dal bilanciamento fra circostanze *ex art. 69*).

Alcune norme simbolo della legislazione securitaria sono cadute sotto la scure della Corte costituzionale. Particolarmente significativa è la dichiarazione d'illegittimità (sentenza n. 249 del 2010) della circostanza aggravante introdotta dal primo decreto sicurezza della XVI legislatura (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in legge 24 luglio 2008, n. 125) come punto 11 *bis* dell'art. 61 c.p.: "*l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovi illegalmente sul territorio nazionale*". Questa aggravante contrasta col principio d'uguaglianza: "*il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al commesso reato*".

Al di là del caso specifico, in cui era in gioco il nucleo duro del principio d'eguaglianza, la sentenza n. 249 del 2010 dà indicazioni di grande interesse in ordine al problema generale del controllo di legittimità di circostanze aggravanti e di fattispecie

⁹ Di grandissimo interesse, sotto questo profilo, è lo studio di D. GARLAND su *La pena di morte in America*, disponibile in traduzione in italiano (Milano, 2013).

speciali più gravemente sanzionate. O attenuanti, e sarà bene che i manuali di diritto penale ne tengano viva la memoria. Non possono essere tipizzati come presupposti di una maggior pena elementi che – *ceteris paribus*, a parità di tutto il resto – non abbiano un *univoco* significato aggravante. Nemmeno atti illeciti *estranei al commesso reato*.

3. Deflazione delle comminatorie di pena detentiva.

A quali condizioni la *comminatoria* di pena detentiva può ritenersi giusta e funzionale, e la sua *esecuzione* moralmente sostenibile? Questo problema viene velato e sdrammatizzato dalle tante possibilità di misure alternative al carcere, pur quando la pena edittale sia detentiva. Ci siamo abituati alla massiccia comminatoria di pene destinate a non essere irrogate, o, se irrogate, destinate a non essere eseguite in tutto o in parte. Questo scenario ha una sua razionalità, che rivela lo schematismo di idee correnti attorno alla pena, espresse con la formula della certezza della pena. Finalità positive (di giustizia) possono essere ragionevolmente perseguite tramite la non esecuzione (in tutto o in parte) della pena irrogata in sentenza come *giusta in via di principio* secondo le regole generali dell'ordinamento.

Il principio di legalità esige che al reato accertato sia data una risposta conforme alla legge; la determinazione di questa, a livello legislativo e giudiziario, può ragionevolmente tenere conto di elementi ulteriori alla valutazione di gravità del commesso reato. La risposta giusta non può essere nemmeno identificata *tout court* con l'esecuzione certa e inflessibile della pena irrogata (che pure si presenta come la pena giusta a livello simbolico) ma può richiedere una ragionevole flessibilità, in ragione di una varietà di interessi: in particolare, incentivo a condotte riparatorie, e finalità di prevenzione speciale rieducativa.

Questo scenario ha anche risvolti ambigui e poco trasparenti. La sequenza che va dalla pena edittale alla pena irrogata e infine alla pena da eseguire consente al legislatore (al mondo politico) di esibire un rigore di principio che è funzionale al mercato politico, ma la cui coerente applicazione risulterebbe difficilmente sostenibile. Siamo immersi ed adusi ad un sistema punitivo che tende ad espandere il campo d'applicazione e il rigore delle comminatorie di pena detentiva, confidando in meccanismi di mitigazione affidati all'autorità giudiziaria.

Verso la meta della deflazione del carcere, un primo passo dovrebbe essere la deflazione delle comminatorie di pena detentiva, escludendole in radice da tutti gli ambiti in cui un'effettiva esecuzione risulterebbe insostenibile. Anche là dove già oggi non sono eseguite (o eseguite raramente) la loro eliminazione renderebbe il sistema meno ipocrita, e porrebbe più chiaramente sul tappeto la questione delle possibili tipologie alterative di pena edittale.

Pene detentive possono essere ragionevolmente tenute in considerazione con riguardo alla criminalità *hard*. Una prima perimetrazione ha dunque a che fare con valutazioni relative al mondo dei delitti: per quali delitti si ritenga sia ragionevole e necessario prevedere la pena carceraria, con tutti i suoi costi. Senz'altro da

abbandonare l'arresto per contravvenzioni, anche a ritenere che illeciti minori possano opportunamente essere tenuti nell'alveo del diritto e del processo penale¹⁰.

Per delitti gravi, per i quali abbia senso mantenere la comminatoria di pena detentiva, c'è da chiedersi: quali livelli? Una complessiva revisione del sistema dovrebbe prendere sul serio l'idea della stretta necessità e riequilibrare il sistema delle pene edittali, tagliando i troppi eccessi di severità (talora solo cartacea, talora produttiva di sofferenze inutili) e in qualche caso recuperando un adeguato livello.

Un esempio divenuto d'attualità è la questione della diffamazione a mezzo stampa. Quando il *malum* del carcere minaccia appartenenti a una categoria privilegiata e potente, è più facile che la ricerca di alternative venga messa sul tappeto. Le difficoltà della riforma *in itinere* evidenziano la difficoltà politica e tecnica della ricerca di alternative alla pena detentiva, che, per quanto criticata, viene spesso considerata la risposta naturale al delitto (e la diffamazione a mezzo stampa può attingere elevati livelli di gravità). La ricerca di alternative, se presa sul serio, significherebbe una sostanziale inversione di rotta anche rispetto a leggi recenti che continuano a fare uso di minacce penali severe, e di aggravanti che stigmatizzano simbolicamente il già vietato (con prevedibili effetti di maggior carcere).

Il caso particolare della diffamazione, con tutte le sue ambiguità, offre significativi spunti di riflessione. Non si tratta semplicemente di trovare alternative nell'esecuzione di una pena che resti comunque detentiva nella comminatoria edittale.

Si tratta, in prima battuta, di valutare la necessità o non necessità delle comminatorie di pena detentiva, ed il loro significato 'di giustizia'.

Alla deflazione delle comminatorie di pena detentiva dovrebbero corrispondere tipologie sanzionatorie diverse, meno produttive di sofferenza, ma idonee a porsi come risposta giusta. In questo contesto si porrebbe la questione di una razionale riforma della pena pecuniaria. La dottrina penalistica converge da tempo nel suggerire il modello delle quote giornaliere, da tempo adottato da altri ordinamenti, che dà rilievo alle condizioni economiche del condannato: più idoneo dunque ad assicurare equità ed eseguibilità delle condanne¹¹.

Nell'ambito in cui comminatorie di pena detentiva restino un'opzione non eliminabile, resterebbero aperti altri problemi: di misura della pena, di eventuale sostituzione con pene non detentive, di deflazione dell'esecuzione, di eventuale non punibilità. In questo spazio si collocano istituti sia di diritto penale sostanziale, sia di ordinamento penitenziario; istituti *lato sensu alternativi*, già facenti parte della nostra tradizione, che potrebbero venire potenziati.

Esiti di non punibilità potrebbero essere collegati all'irrilevanza del fatto, ed anche (a certe condizioni) all'esiguità del fatto, o ad attività di integrale riparazione

¹⁰ È la linea del progetto Grosso, cui i successivi progetti Nordio e Pisapia hanno sostituito la linea ancor più radicale dell'eliminazione delle contravvenzioni.

¹¹ Alcuni dati interessanti sono riferiti in M. DOVA, *op. cit.*

dell'offesa. Esiti di riduzione delle pene irrogate potrebbero derivare da un ripensamento del sistema delle circostanze, attorno ad nucleo di attenuanti premiali¹².

4. Le prassi giudiziarie.

Il problema del carcere interpella anche le prassi giudiziarie? Il popolamento della città dolente dipende (anche) da scelte relative alla commisurazione della pena e alla custodia cautelare in carcere. Le prassi di commisurazione, in senso lato e in senso stretto, meriterebbero maggiore attenzione nel mondo dell'informazione giuridica e della riflessione dei giuristi. Le conoscenze disponibili hanno prodotto una "sensazione complessiva ora di impunità, ora di grande diversità e arbitrarietà nell'applicazione della pena, salvo che per determinati tipi d'autore che conoscono regolarmente il carcere"¹³. Quel che è certo è che la di commisurazione della pena è un terreno più di altri esposto a soggettive concezioni di giustizia o di esemplarità punitiva, a valutazioni etico-sociali, a criteri di orientamento di scelte discrezionali difficilmente controllabili secondo criteri di stretta legalità.

Vicende giudiziarie vissute direttamente o viste da vicino dal sottoscritto, o conosciute attraverso i *mass media*, presentano un quadro variegato del quale fanno parte condanne a pene detentive molto severe, in risposta a fatti valutati come molto gravi (dall'abuso sessuale al concorso in bancarotta fraudolenta): cinque, o dieci, dodici, sedici anni di reclusione, o anche più, fino alla pena a vita. Al di là della mia personale valutazione (la severità mi è parsa in più casi sproporzionata) credo necessario un confronto dispiegato con le ragioni sottese al rigore punitivo, forse valutazioni 'di giustizia' difformi da quella che ritengo più giusta. Valutazioni su ciò che è necessario e giusto sono per definizione discutibili (nel senso letterale del termine) e non trovano un ancoraggio indiscutibile in criteri legali. Risposte penali severe sono moneta corrente, e veicolano (bene o male) istanze di valore con le quali occorre fare i conti.

Azzardo un'ipotesi sotto forma di interrogativo: quale nesso vi è (è ravvisato dai giudici) fra i valori di riferimento e la quantità di pena detentiva irrogata? È attribuito un significato 'di giustizia' (e se sì quale?) alla sospensione condizionale della pena o ad altri scenari diversi dall'esecuzione integrale della pena? La mia ipotesi è che la misura della pena da irrogare vista innanzi tutto come indicatore della misura del rimprovero per il commesso reato, entro una scala (più o meno approssimativa) di gravità comparativa, coerente (più o meno) con indicazioni quantitative leggibili nelle cornici edittali. La misura della pena sarebbe espressione di un giudizio giuridico e/o morale, secondo una scala di gravità, del tipo di un voto scolastico: anni N e/o mesi N di pena come misura della gravità del delitto, non sempre pensata e presa sul serio e

¹² Linee d'una possibile ristrutturazione del sistema delle circostanze sono presentate in D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, o. 714 s.

¹³ M. DONINI, *op. cit.*, p. 33.

approvata come misura di una giusta esecuzione. Probabilmente pensata come giusta retribuzione (come carcere da espiare) per i massimi crimini, come astratta misura del rimprovero nei casi di pena sospesa, e nei casi intermedi non pensata fino in fondo nella sua possibile corporeità.

Questa congettura può essere interpretata sia in chiave critica, sia come ricerca di un senso più difendibile in commisurazioni molto severe, forse *troppo* severe per poter reggere a un controllo di razionalità e moralità se pensate come carcere da espiare in concreto.

La severità punitiva in sede di commisurazione può anche esser letta come espressione di un bene intenzionato moralismo, probabilmente coerente con un sentire diffuso, forse dominante nell'opinione pubblica. Una spinta in questa direzione è sostenuta dall'esplosione di una questione morale che è interamente lasciata alla gestione giudiziaria penale, in assenza di altre forme funzionanti di *accountability*.

Anche misure cautelari personali incidono sull'affollamento delle carceri, in misura consistente (circa 25 mila presenze). Sono misure la cui funzione non 'è di giustizia', ma di polizia; e sono legate a presupposti conoscitivi più deboli di quanto richiesto dal paradigma cognitivo del garantismo (accertamento 'oltre il ragionevole dubbio' dei presupposti della responsabilità penale). La riserva di giurisdizione, prevista come garanzia della libertà personale, è sempre a rischio di essere vista e utilizzata dai magistrati come garanzia di finalità di giustizia penale (non solo del contesto investigativo) non priva di connotazioni di retribuzione penale anticipata. Una gestione oculata dovrebbe essere decisamente orientata alla libertà personale dell'imputato, quale valore primario che può essere sacrificato solo in casi eccezionali e nella misura minima possibile. La giurisprudenza costituzionale, che ha invalidato irrigidimenti caratteristici della legislazione securitaria, contiene indicazioni importanti, appunto nel senso del minimo sacrificio necessario.

Sono indicazioni che interpellano direttamente il potere discrezionale dei magistrati: non solo i Pubblici ministeri, ma soprattutto i giudici, cui competono le decisioni *de libertate*, in materia sia cautelare che di commisurazione della pena. Dipende anche da scelte discrezionali dei giudici per quali reati si va in carcere, e quanto ci si resta.

5. Quali effetti attesi?

Fino a che punto riforme di sistema e prassi più attente possono contribuire a risolvere i problemi dell'emergenza carceraria?

Servirebbero innovazioni tali da incidere in misura massiccia sui presupposti normativi degli effettivi ingressi in carcere, ed anche sulla durata delle presenze in carcere. Nel sito del Ministero della giustizia è reperibile una tabella dei *detenuti per tipologia di reato* al 30 giugno 2013, che presenta classificazioni molto generiche, ciascuna delle quali raggruppa fatti di molto diversa gravità. I titoli di carcerazione di gran lunga più numerosi sono i delitti contro il patrimonio (oltre 35.000), contro la

persona (oltre 24.000), e la legge droga (oltre 26.000); sopra i 10.000 anche la legge armi. Per associazione di stampo mafioso sarebbero detenute 6.758 persone.

Una seria politica di deflazione carceraria richiederebbe la verifica degli effettivi titoli di carcerazione, e la valutazione se sia possibile espungere alcuni dall'area applicativa di pene detentive, o ridurne la durata. I numeri ci dicono che, per ottenere effetti significativi di riduzione, occorrerebbe un ripensamento della disciplina in materia di stupefacenti, e del trattamento dei delitti di offesa al patrimonio (che racchiudono non soltanto i delitti classificati contro il patrimonio). Ci additano anche la presenza, peraltro marginale, di categorie (come le contravvenzioni) che si collocano interamente ad una fascia di gravità che non dovrebbe condurre al carcere.

Riforme deflative inciderebbero (in base alla disciplina sulla successione di leggi) sui processi in corso, ed in misura limitata sulla esecuzione di condanne già definitive. Potrebbero contribuire ad una qualche riduzione del sovraffollamento carcerario, ma difficilmente risolverebbero i problemi indilazionabili di ottemperanza alla sentenza della Corte EDU.

In una visione non miope, le possibilità di interventi deflattivi sul sistema andrebbero comunque valutate anche nella perimetrazione di una eventuale (o inevitabile?) legge di clemenza, che (ricorda il messaggio presidenziale) rientra tra le competenze esclusive del Parlamento. Una perimetrazione ragionevole dovrebbe coordinare la clemenza per il passato (cioè la rottura della legalità di ieri) con la legalità di domani, cioè con una nuova e più ristretta perimetrazione del pianeta carcere.

Se e in quale misura i costi di una amnistia e/o di un indulto siano da pagare, come funzionali ad una riorganizzazione della macchina del *law enforcement*, sono questioni che in questo delicato momento meritano attenta considerazione. Si tratta di scelte ad alto tasso di politicità. La discussione attuale è inquinata dal problema di come le possibili soluzioni inciderebbero su una determinata vicenda personale. Le ragioni del diritto esigono che questo profilo *ad personam* sia essere espunto dagli argomenti legittimamente proponibili in un senso o nell'altro. Per quanto irrealistico, il modello teorico della decisione sotto velo d'ignoranza (di quali interessi personali siano implicati) ci addita quanto meno un'etica dell'approccio a problemi di interesse generale, quali i problemi di politica del diritto penale.

Al di fuori di uno scenario di riforme messe in cantiere e condivise, provvedimenti di clemenza dettati dall'emergenza si rivelerebbero ben presto un segno dell'ipocrisia e dell'incapacità del legislatore di riarticolare una razionale politica penale.

Rispetto all'emergenza carceraria, un rimedio sufficiente nell'immediato potrebbe essere un indulto (come nel 2006). Una amnistia, osserva il messaggio presidenziale, "*potrebbe facilitare l'attuazione della riforma della geografia giudiziaria*", grazie ai suoi effetti di alleggerimento di una macchina giudiziaria in affanno. Anche in questa direzione la priorità dovrebbe essere data ad interventi strutturali, fra i quali non ultima una seria deflazione penalistica.

Il prezzo pagato dall'eventuale amnistia, in termini di rottura dell'ordinaria legalità, riguarderebbe non semplicemente la pena da eseguire, ma l'accertamento della responsabilità (nella dimensione processuale: la verifica della fondatezza o

infondatezza di ipotesi d'accusa). La non esecuzione della pena lascia intatto il significato della condanna: il significato di accertamento, quello di presupposto di eventuali responsabilità civili, quello di presupposto di effetti giuridici di vario tipo, anche penali. La significatività di questi effetti fonda la differenza fra l'amnistia che cancella *funditus* la rilevanza penalistica, e l'indulto, che si limita a incidere sulla pena da eseguire.

6. Difficoltà nella ricerca di nuovi equilibri.

La *difficoltà politica* di prospettive di penalistica è alla radice del ciclico ritorno delle *seduzioni della clemenza*, e dei cedimenti a tale seduzione. Livelli elevati di penalizzazione legislativa e di effettiva carcerizzazione sono un esito verso il quale convergono, a livello legislativo, tendenze che in linguaggio mediatico sarebbero etichettate come securitarismo di destra e giustizialismo di sinistra, e che in positivo potremmo vedere come attenzione a differenti esigenze di tutela penale, in via di principio meritevoli di considerazione (salvo poi a discutere l'idoneità e la sostenibilità delle risposte penalistiche). Convergono nel rigore anche orientamenti ideali di cui la magistratura penale si fa interprete, leggendo la propria funzione come tutela degli interessi penalmente protetti prima che come garanzia delle libertà di fronte alla potestà statale.

L'emergenza carcere, portando in primo piano aspetti di insostenibilità degli esiti del *law enforcement*, ripropone ostinatamente e con forza il problema della sostenibilità pratica ed etica dei presupposti anche normativi di tali esiti. Il messaggio del Presidente della Repubblica, comunque si valutino singoli punti, ci mette in mora tutti: il Parlamento che è il formale destinatario del messaggio, ma anche il mondo politico, gli uomini delle istituzioni, la cultura giuridica. È necessaria un'inversione di tendenza, anche rispetto a rigorismi ben intenzionati di legislatori e di magistrati.

La cultura giuridica è tendenzialmente schierata a difesa dei principi del buon vecchio diritto penale liberale, i quali modellano un sistema secondo criteri che dovrebbero essere *di giustizia*: ragionevole costruzione dei precetti, razionalità e controllabilità dell'accertamento, giustizia dei criteri di (eventuale!) attribuzione di responsabilità personale, ragionevolezza delle eventuali risposte penali. L'argine a derive illiberali, posto dai principi costituzionali, è stato difeso dalla giurisprudenza costituzionale, con sentenze che hanno invalidato norme simbolo ed irrigidimenti caratteristici della legislazione securitaria. Il volto garantista (di limite della coercizione legale) è costitutivo dei fini del diritto e della giustizia penale. D'altro canto, delle funzioni del penale fa parte anche la protezione (la messa in sicurezza, per quanto possibile) di beni giuridici selezionati dal legislatore, nelle forme selezionate dal legislatore. E il principio di tutela di beni giuridici ha una tendenza espansiva, con effetti d'inflazione penalistica e carceraria.

L'esperienza, ci dicono i più intransigenti avversari del diritto penale della sicurezza, mostra che questo risucchia i principi liberali: un compromesso sarebbe impossibile, l'unica strada per una scienza del diritto penale intellettualmente

indipendente sarebbe la critica senza compromessi. Condivido lo spirito di questa posizione, ma l'idea di un diritto penale pensato puramente in negativo è teoreticamente insufficiente, e politicamente rischiosa. Il senso dei principi di delimitazione ha come premessa che ciò che si tratta di delimitare – l'ordinamento penale – possa avere un senso positivo, legittimo e razionalmente esplicabile; altrimenti, la coercizione penale sarebbe puro arbitrio¹⁴. I legislatori non possono non partire dal problema hobbesiano della sicurezza, per farsi carico di tutte le sue implicazioni: sia eventuali esigenze di intervento con strumenti penalistici, sia esigenze di contrappesi e di limiti invalicabili. La cultura penalistica liberale accentua giustamente il profilo dei limiti garantisti. È responsabilità politica la ricerca di un equilibrio sostenibile, da cui oggi siamo lontani. Una riduzione del penale potrà essere sostenuta solo entro un quadro di politiche capaci di esprimere e praticare altre e più efficaci modalità di contrasto alla criminalità, e di difesa dei diritti sia dalla criminalità che da autoritarismi di qualsiasi matrice.

¹⁴ Una discussione di questi temi, da angolature diverse, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.