

Sulle politiche penali in discussione.

di *Domenico Pulitanò*

Sommario: 1. Il momento punitivo. - 2. Giustizia infinita? - 3. Bloccare la prescrizione in corso di processo? - 4. Avvocati e magistrati. - 5. Il penale come *farmakon*.

1. Il momento punitivo.

Punire. Una passione contemporanea: è il titolo di un recente libro di un antropologo francese, di fresca traduzione in italiano, che descrive, con riferimenti a diversi importanti paesi, un *momento punitivo, caratterizzato da sempre maggiore severità*. A ciò concorrono “*un’accreciuta sensibilità per gli atti illegali e la devianza, e una focalizzazione del discorso e dell’azione pubblica sulle questioni di sicurezza. Il primo fenomeno è culturale, il secondo è politico*”. Il problema dovrebbe essere il crimine, “*con il momento punitivo è il castigo a diventare il problema*”¹.

Alle origini remote della civiltà del diritto penale c’è il mito della trasformazione delle Erinni in Eumenidi, necessaria per una *polis* bene ordinata: integrare le antiche dee vendicatrici, ispiratrici di terrore, nella giustizia della città, che è *giustizia della misura*².

È la *dismisura* un segno delle politiche penali che definiamo populiste. Può essere questa una chiave di lettura delle proposte della attuale maggioranza di governo in materia penale e processuale penale? Vediamo alcuni aspetti caratterizzanti.

Filo conduttore delle proposte di politica penale oggi in discussione è l’esibizione di severità sempre maggiore (soprattutto, ma non solo, come aumenti di pene edittali). È una tendenza presente anche nel passato. Nella scorsa legislatura si è intrecciata con linee diverse, di cauta deflazione penalistica. In questo avvio di legislatura la proclamazione di severità punitiva è il segno dominante: le leggi penali (e già le proposte di legge) pensate come messaggi volti a coagulare consensi, a soddisfare un “sentimento di giustizia” repressiva e vendicativa, e paure non sempre fondate su dati di realtà, spesso alimentate da una propaganda mirata.

Entro un discorso di più ampio respiro, in un comunicato *sulle politiche del diritto penale*, la AIPDP, Associazione italiana professori di diritto penale, ha svolto

¹ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano 2018. Citazioni da p.9, 13, 12.

² Cfr. F. Ost, *L’Oresteia o l’invenzione della giustizia*, in Mosè, *Eschilo, Sofocle*, Bologna, 2007, p. 85s. (cfr. in particolare p.131-145).

considerazioni critiche sulle proposte oggi sul tappeto. In questa sede mi concentro su alcuni punti che ritengo caratterizzanti.

2. Giustizia infinita?

La tendenza di fondo, evidenziata nel documento AIPDP, è verso un “*penale perpetuo. Più ergastolo, è il senso della proposta di escludere il giudizio abbreviato per i delitti puniti con tale pena. Ma anche sanzioni interdittive perpetue, Daspo perpetuo, blocco della prescrizione. Giustizia infinita*³. *E ad impatto carcerario massimo*”.

Particolare attenzione merita la proposta di escludere il giudizio abbreviato per le accuse di delitti da ergastolo (in concreto: omicidi aggravati). È stata approvata in prima lettura dalla Camera il 6 novembre 2018; se diventasse legge, avrebbe concreta e immediata incidenza pratica. Sottende un disagio non irragionevole per gli esiti dei processi per omicidio aggravato, giudicati con rito abbreviato. Delitti gravi che hanno avuto grande rilievo mediatico, sanzionati con 16 anni di reclusione. A ciò conduce la diminuzione secca di un terzo, legata alla mera scelta del rito e non giustificata da ragioni sostanziali, combinata con la disciplina del bilanciamento fra aggravanti e attenuanti, che in caso di non prevalenza dell’aggravante comporta una pena non superiore a 16 anni (se prevale l’aggravante, la pena è 30 anni). Da tempo ho segnalato il problema della discrezionalità discontinua e l’esigenza di un ripensamento del sistema delle circostanze, non per irrigidirlo verso l’alto, ma dentro un riaggiustamento complessivo del sistema sanzionatorio.

L’esclusione del rito abbreviato per gli imputati di delitti da ergastolo bene esemplifica l’ideologia del ‘penale perpetuo’. Sarebbe una soluzione *disfunzionale*: sacrifica un istituto che risponde a criteri di efficienza, comporta aggravio di lavoro per la macchina giudiziaria, e ritardo della sentenza.

L’imputato cui si vorrebbe negare l’accesso al giudizio abbreviato, in ragione dell’accusa contestata, potrebbe essere innocente, o colpevole di un delitto non da ergastolo.

Apparentemente fondata su buone ragioni, la proposta in esame è di dubbia legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost.: sarebbe una restrizione del diritto di difesa dell’imputato, che si presume non colpevole, cioè da trattare come non colpevole fino alla condanna definitiva, ma che verrebbe invece discriminato in ragione dell’ipotesi d’accusa.

Il particolare interesse della questione sta nell’evidenziare come le scelte di politica legislativa penale possono trovarsi di fronte a intrecci di questioni e di ragioni diverse, ed esposte al rischio di arrivare, partendo da esigenze non irragionevoli, a conclusioni inaccettabili.

³ Così diceva il primo slogan lanciato dopo l’attentato epocale dell’11 settembre 2001, poi sostituito con *Enduring Freedom*.

3. Bloccare la prescrizione in corso di processo?

Rispecchia l'ideologia del penale perpetuo anche la proposta di bloccare il corso della prescrizione dopo la sentenza di primo grado (o anche prima, secondo proposte alternative). Viene sbandierata come una mossa forte nell'ottica della funzionalità repressiva. È stata approvata dalle Commissioni della Camera il 15 novembre.

Non ritorno qui sui problemi di disciplina della prescrizione e sul merito delle variegate proposte sostenute. Rinviando a riflessioni svolte in altra sede⁴, mi limito alle critiche di fondo.

Nell'istituto della prescrizione (del reato o della pena) è in gioco *molto di più* che la ragionevole durata del processo, cui guarda l'ottica forense. La prescrizione quale *causa estintiva* si giustifica per l'affievolirsi, nel corso del tempo, delle ragioni giustificative della risposta penale, per l'*irragionevole durata del tempo intercorso fra il commesso reato e il momento della decisione*. Ragionevole, dunque, prevedere tempi di prescrizione; e ragionevole differenziarli secondo la gravità dei tipi di reato.

Se si blocca la prescrizione dopo la condanna in primo grado, a quel punto qualsiasi reato in via di principio prescrittibile diverrebbe imprescrittibile. Viene stravolto il sistema che differenzia i tempi di prescrizione secondo la gravità dei tipi di reato. Il tempo dell'oblio, pur previsto dalla legge, viene cancellato.

La metamorfosi da prescrittibile a imprescrittibile abolisce un limite garantista all'intervento penale; apre a una possibile deriva indefinita. È una proposta pensata dal punto di vista dell'autorità, finalizzata a consentire condanne anche molto tardive, il cui statuto di giustizia sarebbe più che discutibile.

Sulla proposta di bloccare la prescrizione si confrontano concezioni diverse del diritto e della giustizia penale. Appunto per il suo significato *di principio* è divenuta il tema centrale di discussione. Sul piano politico, è una centralità paradossale, sol che si consideri l'assoluta estraneità della questione rispetto ai problemi di oggi.

Poiché la prescrizione è un istituto di diritto penale sostanziale, per il quale vale il principio di legalità/irretroattività ex art. 25 Cost.⁵, l'ipotizzata riforma *in malam partem* si applicherebbe a reati commessi dopo la sua approvazione. Gli effetti del blocco (condanne anche molto tardive, o magari assoluzioni troppo tardive) si verificherebbero alla scadenza dei termini di prescrizione di reati commessi dopo l'approvazione della riforma; dunque fra molti anni, un tempo tanto più lungo quanto più elevati siano i massimi edittali di pena cui è agganciato il tempo di prescrizione.

Nel frattempo, potranno essere verificati e valutati gli effetti della riforma Orlando, in vigore già da più d'un anno, che ha introdotto la sospensione della prescrizione

⁴ D. Pulitanò, *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, in *Discrimen*.

⁵ Si veda la giurisprudenza della Corte costituzionale, da ultimo sul caso Taricco (ord. n. 24/2017 e sent. n. 115/2018).

per tempi definiti nelle fasi dei giudizi d'impugnazione. La proposta di una nuova riforma sembra voler oscurare quella precedente, pur essa nel senso di un allungamento (controllato ma consistente) dei tempi di prescrizione, proveniente da altra parte politica.

4. Avvocati e magistrati.

Nella discussione sulle possibili riforme, le proposte dell'attuale maggioranza di governo hanno visto schierato all'opposizione il mondo forense e gran parte della cultura giuridica. Critiche sono venute anche dal mondo dei magistrati⁶, assieme a consensi su taluni punti.

L'ANM ha avanzato, in un documento approvato il 10 novembre, un pacchetto di proposte relative al processo penale, pensate sotto il segno dell'efficienza. Sono state sottoposte a critica in un documento dell'Unione camere penali. Non entro qui nel merito delle proposte e delle diverse posizioni; la discussione merita di essere seguita e approfondita. Propongo solo una riflessione sugli schieramenti, sulla tendenziale contrapposizione di avvocati e magistrati: gli avvocati in difesa di garanzie e contro aumenti di severità punitiva, i magistrati dalla parte di esigenze di funzionalità della macchina repressiva. Garanzie dell'individuo *versus* autorità dello Stato.

Questa dislocazione *non* corrisponde (se non in parte) alla strutturale polarità degli istituti penalistici, che sono sia *strumenti*, sia *limiti garantisti* del potere più autoritario di cui lo Stato di diritto dispone. A ciò corrisponde nel foro la contrapposizione fra ruoli d'accusa e di difesa, dinanzi a un giudice 'terzo', imparziale. L'autocomprensione della magistratura rispecchia il coinvolgimento sia dei giudici sia dei pubblici ministeri in un'istituzione che – pur neutrale in ciascun singolo processo (è giustizia, allo stesso titolo, la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente) - nell'insieme dovrebbe risultare funzionale al *law enforcement*, alla tutela degli interessi penalmente protetti, con l'applicazione *uguale per tutti* (come nella aule d'udienza sta scritto) della legge *penale* agli autori di reato.

La *vicinanza* della magistratura nel suo complesso alle finalità del *law enforcement* penalistico spiega il segno funzionalistico delle proposte della ANM sul processo penale. È un'ottica 'di parte', non imparziale. Merita considerazione insieme all'altro polo, quello delle garanzie del giusto processo.

Nel pacchetto delle proposte della ANM ho colto la *vicinanza* (o confusione) fra i diversi ruoli del PM e del giudice nella proposta di abolire il divieto di *reformatio in peius* nel giudizio d'appello. Motivata dal dichiarato intento di scoraggiare l'esercizio della facoltà d'impugnazione, tale soluzione funzionerebbe come minaccia: minaccia di una sanzione (una maggior pena) affidata ad una supplenza del giudice rispetto al PM che non ha ritenuto di proporre appello. Ciò comporta

⁶ Per es. da M.Guglielmi e R. De Vito, *Quale futuro per il garantismo? Riflessioni su processo penale e prescrizione*, in questionegiustizia.it, 20 novembre 2016.

una duplice distorsione: a) rispetto ai criteri di commisurazione della pena, cui l'appello dell'imputato è ovviamente estraneo; b) rispetto agli equilibri del processo, con l'attribuzione al giudice di un potere d'ufficio (in assenza d'impugnazione del PM) sbilanciato in ottica funzionalistico-repressiva.

Distorsioni di questo genere evidenziano *uno fra* gli elementi di cui si compone la cultura e l'etica del mondo dei magistrati. Fanno parte di un quadro composito, nel quale coesistono un *autoritarismo bene intenzionato*⁷ e indirizzi garantisti, come quelli che sono entrati in circuito con la Corte costituzionale e hanno aperto la strada a importanti innovazioni di sistema. Di fronte a questioni complesse, la pluralità di posizioni è naturale. Proprio per questo è utile un confronto aperto e ragionato.

Problemi di vicinanza (e rischi di confusione) fra ruoli diversi si pongono anche nel mondo di cui il sottoscritto fa parte, quello degli avvocati, dei professori, dei professori avvocati. Rivestire toghe diverse – quella dell'accademico e quella del professionista forense – è un'esperienza complessa, aperta a punti di vista diversi, e proprio perciò esposta al rischio di contaminazioni fra diversi stili e diverse etiche. Anche la discussione su problemi di riforma è terreno di confronto e scontro d'interessi.

La cultura giuridica ha un dovere di imparzialità scientifica: che non significa equidistanza fra posizioni in conflitto, ma attenzione critica e serietà argomentativa. La riflessione critica deve essere tenuta aperta a tutto campo, anche su proposte che si contrappongono a quelle del populismo autoritario. In questo momento, mi sembra necessario e prioritario concentrare la critica sui fronti di pericolo attuale, le proposte populistiche del penale perpetuo e lo scadimento a pura propaganda, nel linguaggio e nella fuga dai problemi reali.

5. Il penale come *farmakon*.

Chiudo queste note critiche con la critica di fondo contro il populismo del *sempre più penale*. Una politica penale ragionevole dovrebbe essere consapevole che il penale è un *farmakon*, *medicina o veleno secondo le dosi*. La politica del diritto penale ha il *problema di dosare farmaci* (salvo poi a discutere sulla qualità e sulla dose preferibile).

Nel discorso pubblico funziona alla grande, sul piano propagandistico, il messaggio che addita un *rafforzamento della tutela* nell'aumento di dosi punitive. È un linguaggio talvolta usato anche da giuristi. Faremmo bene a criticarlo sistematicamente. Di fronte a gente che chiede innanzi tutto tutela dal crimine, è importante argomentare che, per l'*efficienza* del sistema, gonfiamenti populistici possono essere (e spesso sono) disfunzionali sul piano tecnico, pericolosi come un farmaco somministrato in dosi eccessive. Anche un ben intenzionato, ma eccessivo dosaggio di farmaci può risultare dannoso, persino letale.

⁷ Ho usato per la prima volta questa formula, in senso descrittivo, in D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93s.

È questo l'effetto perverso del *populismo del più penale*: produce e combina maggiori costi umani e sociali delle pratiche punitive, e maggiori costi di attività istituzionali richieste dall'aumento di complessità della normativa, e poi dalla maggiore durata dell'esecuzione penitenziaria. La giustizia, forse, delle Erinni, non trasformate in Eumenidi.