

**Prof. Vincenzo Militello**  
**Università di Palermo**

## **Sicurezza sociale, certezza della pena, misure clemenziali**

***Intervento alla tavola rotonda organizzata il 3 aprile 2006  
dall' "Associazione Volontariato Penitenziario Palermo"***

### **1. Introduzione**

Intervenire su un tema come quello oggetto del nostro dibattito senza travalicare i limiti di tempo assegnati costringe ad un rigoroso *self-restraint* rispetto all'ampiezza delle implicazioni sociali, culturali e giuridiche connesse alle tre coppie concettuali affidate alla riflessione comune: sicurezza sociale, certezza della pena, misure clemenziali.

Una opera certo non facile, ma che va guidata dalla preliminare considerazione del contesto complessivo e dell'occasione specifica dell'iniziativa. Essendo promossa da una associazione di volontariato impegnata in un meritorio lavoro nel "pianeta carcere", la tematica di più diretto interesse sembra quella connessa, più che alla problematica generale del sistema sanzionatorio nel suo complesso, alla considerazione specifica del ruolo affatto centrale affidato ancora oggi alla pena detentiva. D'altra parte, rispetto alle risalenti problematiche connesse a questo istituto ed alla sua permanenza nella assoluta prevalenza degli ordinamenti giuridici contemporanei, l'occasione di rinnovato e più diretto interesse può essere fornita dalla discussione parlamentare in corso sul provvedimento favorevole ad un recupero della libertà per una fascia della attuale popolazione carceraria, che almeno nell'etichetta mediatica ("indultino") svela la sua natura di misura clemenziale, non certo evidente nella paludata intitolazione riservata agli addetti ai lavori ("Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di tre anni").

Cercherò allora di individuare alcuni fili fra le tre coppie concettuali del nostro tema con particolare riferimento ad alcuni nodi problematici emergenti dalla duplice prospettiva che è indicata da contesto ed occasione dell'iniziativa. A tal fine, pur consapevole che ci muoviamo in un terreno non logico-formale, ma pregno di valori e dunque sottratto alla proprietà commutativa dell'irrelevanza nell'ordine dei fattori

rispetto al risultato, muterò la sequenza del titolo in funzione delle mie più specifiche competenze, certo che gli altri qualificati partecipanti al dibattito potranno percorrere itinerari diversi per una più esauriente trattazione del tema. In particolare, prenderò le mosse dall'idea della certezza della pena come elemento pregnante della funzione della stessa (in un'ottica dunque essenzialmente logica), per esaminare quindi il passaggio dal monolitico sistema del codice rocco alla disintegrazione attuale della realtà vigente (dimensione giuridico-positiva), e verificarne l'impatto sulla nostra realtà carceraria, anche in confronto al quadro internazionale (dimensione empirica). Le considerazioni così sviluppate non potranno certo essere esaustive di una tematica inesauribile come quella che ci occupa, ma mi auguro che possano quantomeno essere utili per verificare lo stato del dibattito sulla riforma del codice penale anche in relazione alle recenti proposte di misure clemenziali (prospettiva politico-criminale).

## ***2. La certezza della pena: requisito indefettibile del sistema penale o condizione di efficacia ?***

In un sistema penale alieno da prospettive metafisiche, espressione di uno stato democratico che tuteli valori o interessi di tale importanza da meritare il ricorso allo strumento più incisivo sui diritti dei cittadini, la certezza della pena non è più quella espressione di una giustizia assoluta che è alle radici dell'idea retributiva. L'espressione più netta di questo ordine di idee ormai superato, e che peraltro ha origini ideali ancor più risalenti, si ritrova nel famoso paradosso di Kant, che affida ad una società prossima di autosciogliersi il compito di eseguire come suo ultimo atto la condanna a morte dell'omicida.

Invece, una società che non ha alcuna legittimazione ad arrogarsi le veci di una giustizia superiore affida alla pena un compito ben più contingente, anche se non meno importante: prevenire la commissione di reati, vale a dire di comportamenti offensivi di alcuni valori ritenuti meritevoli di particolare tutela degli stessi consociati. La funzione di prevenzione dei reati si esplica non solo attraverso il collegamento delle pene ai comportamenti illeciti, ma in uno scenario ben più vasto, che si estende dalle istituzioni del controllo sociale (famiglia, scuola, istituzioni

religiose, mondo del lavoro, associazioni di volontariato, ricreative, sindacali, partitiche) alle altre forme di interventi giuridici extra-penali (come le misure di prevenzione ante-delictum). Non vi è dubbio però che un ruolo non secondario compete ancora al collegamento di sanzioni penali alle condotte indesiderate prescritto dal legislatore e che si articola nei tre momenti della minaccia, dell'applicazione e dell'esecuzione delle pene. Sin dalle prime formulazioni della teoria della prevenzione generale da parte dei teorici del c.d. illuminismo penale (Beccaria, Bentham e Feuerbach) è stata sottolineata l'importanza che il complessivo funzionamento del sistema penale riesca ad assicurare che un tale collegamento non rimanga sulla carta, ma assuma un significato di effettività nella sua realizzazione concreta. In questo quadro tradizionale, fra i tre fattori che cooperano nel risultato (gravità, certezza e prontezza delle pene) proprio quello della certezza è da sempre il più incontestato a livello teorico: a differenza della gravità - che può portare al terrorismo penale - e della prontezza delle pene - che viene da molti svalutata - la sottolineatura della certezza è una costante da Beccaria sino ai recenti studi americani sulla deterrenza. A ben vedere peraltro il termine di certezza è però carico di una promessa che non tarda a rivelarsi illusoria: poiché è accertato che nessun sistema penale riesce mai a perseguire tutte le singole condotte illecite, sul piano logico è più esatto parlare in termini di probabilità di applicazione della pena come conseguenza della condotta incriminata. Questo fattore assume un ruolo dunque essenziale per garantire l'effettività del sistema penale e la conseguente efficacia nella realizzazione delle propri finalità preventive.

### ***3. Il pianeta carcere dall'ultra-effettività del codice Rocco alla disgregazione contemporanea del sistema sanzionatorio.***

Come si atteggia l'effettività della pena nel sistema penale italiano? La risposta non può che essere storicamente condizionata. Nel sistema del codice Rocco il disegno era estremamente rigido, ma non privo di linearità: centralità della pena detentiva, pene pecuniarie solo con effetto di rinforzo o comunque per gli illeciti di minima gravità, livelli sanzionatori in assoluto elevati anche a confronto dei codici europei coevi, strumenti per evitare l'impatto con il carcere estremamente limitati (la

sola sospensione condizionale peraltro in ambiti molto ristretti), un potere discrezionale del giudice regolato da criteri di esercizio legislativamente previsti.

Per segnalare l'eccessiva rigidità di questo sistema – si potrebbe in proposito parlare di ultra-effettività della pena del codice Rocco – non era necessario attendere la Costituzione, con il suo principio rieducativo in relazione alle sanzioni penali: già subito dopo il crollo del regime fascista, unitamente all'abrogazione della pena di morte, vengono reintrodotte le circostanze attenuanti generiche, che aprono il passo a quella progressiva marcia verso l'incremento della discrezionalità del giudice, che da rimedio contro il rigore delle comminatorie edittali, ha finito per trasformarsi in fattore di erosione della stessa legalità della pena. Significativo è il dato che questo percorso si snoda parallelamente all'insuccesso nei tentativi di riforma del codice penale, come prova già il D.L. del 1974 poi trasformato nella l. 220, che introdusse la possibilità di bilanciamento fra circostanze ad efficacia speciale (art. 69 co. 4), ma anche l'estensione della continuazione fra reati eterogenei e la facoltatività della recidiva.

Al contempo, prende piede l'idea della decarcerizzazione come forma più avanzata per attuare l'impegno costituzionale dell'art. 27 co. 3. Qui la svolta è la legge di riforma dell'ord. pen. n. 354/1975, che non si limita a proclamare l'idea del trattamento individualizzato in carcere, ma introduce le prime significative misure alternative alle pene detentive brevi (affidamento in prova al servizio sociale). Per successivi passi, che qui possono essere solo richiamati per rapidi cenni, la rigorosa connessione fra fatto illecito e sanzione astratta ed il ruolo prioritario della pena detentiva - vale a dire proprio quei caratteri che si sono visti essenziali nel codice Rocco - vengono sempre più vulnerati da provvedimenti che ampliano le possibilità di contrattare la pena applicabile in concreto (il c.d. patteggiamento) e che tentano di evitare il contagio criminale in carcere sfuggendo all'internamento in tale istituzione in un numero crescente di casi (leggi Gozzini e Simeoni). Un percorso che è ancora pienamente aperto: è in fase avanzata di esame parlamentare l'iniziativa di allargare il tetto di pena detentiva che può essere oggetto di patteggiamento.

Un'opera del resto che non è solo del legislatore, in quanto anche la giurisprudenza vi gioca un ruolo da protagonista. In sede di commisurazione giudiziale della pena si fa ampio ricorso alla sospensione condizionale della pena, al bilanciamento di

circostanze, alle circostanze attenuanti generiche: ogni mezzo è buono pur riuscire a mitigare i livelli sanzionatori del codice Rocco, avvertiti come eccessivi. A fronte della mancata presa sul serio del fondamentale canone di politica-criminale che prescrive la sussidiarietà del diritto penale e il valore di *ultima ratio* da assegnare alle pene criminali e segnatamente a quelle detentive, l'atteggiamento della giurisprudenza per mitigare l'inflizione delle pene si configura come una sorta di contrappeso di fatto, che serve ad evitare che il sistema scoppi soprattutto nella fase dell'esecuzione penitenziaria.

Tuttavia, la situazione che così si configura alla fine del secolo scorso è del tutto irrazionale rispetto ai canoni della moderna politica criminale: il sistema penale è infarcito di un numero molto elevato di violazioni; la maggior parte di queste prevede sanzioni di tipo detentivo; al contempo e d'altra parte, non si riesce ad accertare una gran massa di reati e dunque ad applicare le conseguenti sanzioni. La situazione diviene ben presto esplosiva: e ciò non tanto per ragioni teoriche collegate alla presa di coscienza del rilievo dei principi di una corretta politica criminale, ma per ragioni essenzialmente pratiche, fra l'altro collegate ad una reazione nei confronti di un indulgenzialismo, avvertito come incapace di razionalizzare il sistema penale. Anche a tralasciare l'impatto delle misure premiali per i collaboratori di giustizia – che da sole richiederebbero un approfondimento autonomo – si possono comunque richiamare altre spie significative del passaggio indicato: per un verso, il giro di vite nelle procedure costituzionalmente richieste per ricorrere all'amnistia, tradizionale valvola di sfogo nei momenti di sovraffollamento delle carceri, e per altro verso, le conseguenze sul versante sanzionatorio del c.d. pacchetto sicurezza, emanato nel corso della precedente legislatura, che blocca tra l'altro la possibilità tecnica di ricorrere al meccanismo del bilanciamento di circostanze per abbattere in fase giudiziaria il livello sanzionatorio di comportamenti oggetto di particolare allarme sociale (furto con scippo o in abitazione).

#### **4. Le conseguenze sulla popolazione carceraria in Italia e le non incoraggianti prospettive di riforma.**

In un quadro contraddittorio come quello sin qui descritto è facile che si innestino strumentalizzazioni di vario segno, specie in un periodo in cui il tema generale della Giustizia ha assunto un ruolo assolutamente centrale in uno scontro politico spesso infuocato. In un momento tanto delicato è ancor più importante tentare di ragionare sulle cose, guardando dunque alla consistenza empirica del funzionamento del sistema penale. Istruttiva è in proposito la considerazione delle statistiche ISTAT in materia criminale (*Annuario delle statistiche penali*, il cui ultimo volume disponibile comprende dati sino all'anno 2000).

Più che il dato relativo dei delitti denunciati (circa il 7% in meno rispetto all'anno precedente, ma anche in conseguenza del provvedimento di depenalizzazione emanato nel 1999) appare interessante considerare l'aumento di oltre il 10 % delle condanne definitive per delitto (nel 2000 308.300, contro le 278.660 dell'anno precedente), e soprattutto l'aumento della popolazione carceraria (54.039, pari a + 2,2% rispetto all'anno precedente: 52.870). Nonostante ciò, il tasso di popolazione carceraria è di circa 90-100 detenuti ogni 100.000 abitanti: esso si colloca nella media europea ed anzi è minore a Spagna, Portogallo, Gran Bretagna, ed è sostanzialmente pari a Francia e Germania. Quest'ultimo dato sorprende anche gli addetti ai lavori, in quanto è noto che per un verso in Francia la varietà delle risposte sanzionatorie penali è molto ampia, e che in Germania è molto elevato il ricorso alla sospensione della pena detentiva, accompagnata da strumenti sanzionatori non custodialistici.

Di fronte alla situazione così sinteticamente richiamata, appare più facile valutare il ricorso ad una misura come quella inizialmente richiamata del c.d. indultino, nato per aggirare sostanzialmente l'ostica procedura vigente per la misura indulgenziale "classica" dell'amnistia. Il provvedimento in discorso - nel testo approvato alla camera il 4 febbraio 2003 - consente la messa in libertà di un certo numero di soggetti attualmente ristretti in carcere e con pene residue fino a tre anni (pur sempre con l'esclusione per determinati reati). Rispetto a questo effetto, non si può che convenire che la misura avrebbe conseguenze importanti sull'attuale sovraffollamento delle carceri: sempre la stessa fonte ISTAT indica che i

condannati a pene fino a tre anni sono oltre il 60% dell'intera popolazione carceraria.

Ma questo dato immediato non deve ingannare: si tratterebbe pur sempre di una misura-tampone, che - se non collocata in contesto riformatore di più ampio respiro - è destinata a ceder il passo ad un ritorno alla situazione di partenza: solo una riforma dei presupposti di applicabilità delle pene e del relativo regime di commisurazione può raggiungere il difficile obiettivo di un sistema penale più giusto ed efficiente. Ma su questo ben più impegnativo versante le aspettative sono ancora meno ottimistiche di quelle già non facili del provvedimento di clemenza in esame. Mentre quest'ultimo dopo varie declamazioni favorevoli da varie parti politiche, giace in sonno nei lavori parlamentari occupati ad affrontare ben altri problemi in materia di giustizia (in Senato vi è già un parere negativo della Commissione Giustizia e manca il suo inserimento nel calendario dei lavori), l'attuale commissione di studio per un nuovo codice penale lancia segnali contrastanti rispetto all'impegno di riforma. Per un verso, essa propone una depenalizzazione, in cui il riferimento alla nota formula del c.d. diritto penale minimo finisce per coprire l'eliminazione della tutela penale di una serie di interessi talvolta anche internazionalmente protetti; per altro verso, nei propri lavori la stessa commissione ha lasciato alla fine l'esame del sistema sanzionatorio, che invece per la sua importanza cruciale avrebbe potuto ben rappresentare la premessa dell'intera opera di riforma. Per di più, una volta finalmente preso in considerazione il versante sanzionatorio, si è pensato di affidare l'argomento ad un test a risposta multipla sulle "opinioni" dei vari commissari, sulla cui utilità ho avanzato una riserva di fondo che è purtroppo rimasta priva di riscontri da parte del presidente della stessa Commissione. Mi sembrava infatti impossibile che argomenti culturalmente, politicamente e giuridicamente "formidabili" - cito solo quello dell'ergastolo - potessero essere ridotti alla secca alternativa di sbarrare una casella del sì o del no, meritando piuttosto un adeguato approfondimento che potesse concludersi con una votazione solo una volta chiarite le condizioni di operatività della sanzione: si pensi solo ai profili di incostituzionalità di un ergastolo che non fosse accompagnato dalla possibilità di riacquistare la libertà in caso di buona condotta dopo aver espiato un certo numero di anni di carcere.

Si tratta di considerazioni evidenti a tutti coloro che, pur con ruoli professionali diversi, operano nel settore della giustizia penale nella consapevolezza dell'assoluta centralità della questione carceraria. Il fatto che si sia purtroppo lontani dal tenerle presenti nei passi concreti che si stanno facendo per riformare finalmente il nostro codice penale, se certo addolora tutti coloro che hanno a cuore i destini del nostro sistema penale, forse comunque non stupisce: in un contesto generale in cui la vita pubblica vede dettare le proprie scelte e priorità dai sondaggi d'opinione o anche solo dai *talk-show* televisivi (nei quali a loro volta i sondaggi d'opinione sono oggetto di considerazione) perché proprio la politica criminale dovrebbe restare indenne da questa generale trasformazione della politica e più in generale dei processi di formazione dell'opinione pubblica? Non è forse il diritto penale un settore dell'ordinamento giuridico, che affonda le proprie radici ancestrali nel sentimento di vendetta e nei bisogni di protezione avvertiti dalla collettività?

Nonostante che i tempi non sono certo propizi per confutare l'ineluttabilità di queste tendenze, credo valga la pena di riaffermare l'esigenza di "confrontarsi razionalmente" con quella componente di "irrazionale", che pure è storicamente connessa al sistema penale. Non si tratta di vagheggiare modelli penalistici avulsi dalla realtà e lontani dalle esigenze di tutela avvertite nella collettività, quanto piuttosto di non dimenticare che le considerazioni di senso comune sono da valutare alla luce dei criteri di una politica criminale razionale, attenta a bilanciare e compensare le varie posizioni in gioco. In questa difficile opera per contrastare l'attuale paradosso di un diritto penale sempre più simbolico ed al contempo sempre più inefficiente un ruolo insostituibile di pungolo e di ragionevolezza può essere svolto proprio da organizzazioni come quelle del volontariato penitenziario, che toccano con mano la realtà di questo mondo e ne rappresentano un interprete attento. Per questo apporto costruttivo – e non solo per il gradito invito che mi è stato rivolto nella presente occasione di dibattito – sento di dovere concludere queste brevi note rivolgendo all'organizzazione di volontari penitenziari che ci ha qui riuniti un sentito ringraziamento, insieme all'espressione del mio piccolo, ma convinto sostegno per il loro meritorio impegno.