

La riforma del Codice penale - Ripensare la pena

Università di Genova, 5 marzo 2008

Intervento del Prof. Luciano Eusebi

Per me è un grande onore trovarmi per la terza volta nell'arco di due anni in questa sala prestigiosa: sono grato alla Conferenza Regionale Volontariato Giustizia Liguria che ha organizzato questo incontro, all'Università di Genova e in particolare ai Prof. Paolo Pisa e Marco Pelissero con i quali è in corso da tempo un dialogo, segnalato anche dal libro degli Atti del Convegno in ricordo della carissima Prof.ssa Laura Fioravanti.

Il tema di oggi, quello di “**delineare percorsi diversi di risposta al reato**”, non è semplice, e richiede una grande disponibilità alla razionalità ed alla riflessione. La stessa interpretazione dei dati non è semplice: rimane comunque il fatto che quei detenuti che non hanno potuto usufruire di percorsi di flessibilità delle sanzioni detentive, forse anche in ragione della configurazione della popolazione detenuta, avrebbero potuto avere un diverso destino successivo alla loro condotta ove la pena avesse potuto configurarsi in maniera differente.

La Commissione di Riforma del Codice Penale ha dovuto prendere atto della realtà penitenziaria attuale come punto di partenza della progettazione. Come abbiamo sentito ripetere in questi ultimi mesi, dopo l'indulto la popolazione penitenziaria era diminuita - avevamo più agenti di polizia penitenziaria che detenuti - ma attualmente sta aumentando di circa mille unità al mese, grazie anche alla legge ex-Cirielli che ci si è guardati bene dal modificare, salvo alcune interpretazioni equitative della Magistratura di Sorveglianza. Tra qualche mese ci troveremo quindi in una situazione non dissimile da quella antecedente l'indulto, e questo non giova in alcun modo alla prevenzione. Dobbiamo dire con chiarezza all'opinione pubblica che il mantenere la sanzione penale centrata esclusivamente sulla pena detentiva è uno dei fattori principali della **ineffettività ed inefficienza** della pena.

Le ragioni sono a tutti note: le pene detentive non sono tutte eseguibili, non solo per mancanza di spazi, ma anche perché sarebbe controproducente e privo di senso rimettere in libertà una persona dopo una breve pena avendole tolto le effettive chances di reinserimento sociale. Ricordiamo che cento anni fa chi scontava un anno di pena tornava al suo campo, la sua vita non cambiava di molto; oggi il lavoro, il 99% delle volte, non è più di carattere agricolo familiare, quindi la permanenza in carcere ha un effetto desocializzante.

Inoltre, prevedere la centralità della pena detentiva rende pletorico l'intervento penale in molti settori della criminalità moderna e *latu sensu* della criminalità economica. Vi è la necessità che al sistema penale non venga più delegata l'interezza della politica criminale. Un paese fa una buona politica criminale se il diritto penale ne è un aspetto e ne costituisce l'*extrema ratio*. Sono solito dire ai colleghi della mia università di diritto commerciale, di diritto societario, di diritto civile: fate più prevenzione dei reati voi se create un sistema di diritto commerciale, un sistema tributario, un sistema di diritto civile che tendono a ridurre gli spazi percorribili per i comportamenti delinquenti.

Dobbiamo liberarci di un primo tabù: **l'idea che la pena detentiva sia il presidio della efficienza della pena**: è esattamente il contrario. D'altra parte la riforma del sistema sanzionatorio non afferisce soltanto all'umanizzazione della sanzione, con l'effettività della sanzione, ma anche con la teoria del reato: se oggi avvertiamo l'esigenza di una strategia di intervento penalistico non solo simbolica ma attenta al controllo delle condotte pericolose, una tutela anticipata seria volta al controllo delle condotte pericolose non è possibile se tutto il sistema resta imperniato sulla pena detentiva.

Nella Commissione personalmente mi ero fatto propositore di una riflessione sulla struttura del **reato colposo**. Nel momento in cui una persona viola una regola di diligenza, tiene una condotta pericolosa, sarà punita se il caso vorrà che ne derivi un evento lesivo. Chiediamoci: è più serio

dichiarare pirata, criminale, farabutto colui che guidando in maniera sconsiderata provoca la morte di tre persone, o è più serio cercare di contrastare – con una pena non detentiva, con una sanzione reale che incide sugli interessi – il comportamento anche delle 99 persone che hanno violato la regola e sono state più fortunate?

Ai fini di realizzare l'intento preventivo è importante controllare davvero quelle mille condotte; e perché questo avvenga occorre uno stretto coordinamento tra il diritto penale, fatto anche di sanzione non detentiva, e il sistema dell'illecito amministrativo, cioè dell'intervento che non avviene attraverso l'iniziativa diretta dell'autorità giudiziaria ma attraverso l'intervento dell'autorità amministrativa, che in alcuni settori può essere estremamente incisivo; il tutto coordinato con legislazioni non penalistiche (bancarie, fiscali) che sono importanti per un'azione preventiva reale.

Un progetto di questo genere è stato presente nella riflessione della Commissione, anche se non si è tradotto in una nuova configurazione della teoria del reato colposo.

Certamente una riforma del sistema sanzionatorio deve essere inserito in un modo complessivo di intendere l'uso dello strumento penale: più che un codice penale occorre **un codice della politica criminale**. Il legislatore dovrebbe avere in mente una strategia complessiva che non comprenda solo l'intervento penale ma anche l'uso di legislazioni non immediatamente sanzionatorie che incidono sui fattori che creano spazio percorribile per le organizzazioni criminali.

In questo ambito prima ancora di arrivare alla ridefinizione dell'apparato sanzionatorio, la bozza di riforma ha inciso sul ruolo che viene dato **alla confisca dei proventi del reato** che diventa obbligatoria. Sembra poca cosa, ma non dobbiamo sottovalutare la confisca dei patrimoni illegalmente costituiti che fa capo alla legislazione antimafia. Cesare Beccaria diceva che la prima esigenza preventiva è che il reato non paghi: il tradizionale diritto penale retributivo di questo si è ampiamente dimenticato. Nel momento in cui intervengo sul patrimonio illecitamente costituito, io colpisco l'oggetto stesso dell'attività criminosa e l'interesse dei soggetti che non sono riuscito direttamente ad incriminare: forse non fa così presa sull'opinione pubblica ma non è cosa da poco.

Un altro aspetto del lavoro della Commissione è che viene per la prima volta prevista **una norma sull'irrelevanza del fatto**, portando alla luce del sole una riflessione sul gran numero di procedimenti relativi a reati "bagatellari". La norma sull'irrelevanza, che nel testo della legge-delega resta riferita ai concetti di tenuità ed occasionalità del fatto, rappresenta un passo importante per l'efficienza: un sistema non può essere bloccato da una pletora di processi relativi a fatti minimi che possono essere gestiti attraverso la giustizia civile o altri strumenti. Occorre che gli strumenti dell'ordinamento giuridico deputati alla prevenzione dei reati siano coordinati: affinché l'azione preventiva dello Stato sia presente sul territorio occorre una giustizia civile che funzioni. Prima ancora di arrivare alla definizione della pena, il progetto cerca di operare delle scelte coerenti ad una visione complessiva della prevenzione. Venendo al sistema sanzionatorio, accanto a strumenti immediatamente sanzionatori esso comprende anche strumenti di definizione anticipata del processo, dando rilievo alla prestazione di condotte riparative o alla messa alla prova.

Sul piano descrittivo **le tipologie sanzionatorie che il progetto propone** sono date dalle pene pecuniarie, dalle pene prescrittive, dalle pene interdittive e dalla pene detentive o semidetentive.

Le **pene pecuniarie** vengono rivalutate: mentre in Germania i tre quarti delle sanzioni sono pene pecuniarie, nel nostro paese la pena pecuniaria sostanzialmente non esiste, anche perché non viene poi effettivamente riscossa. Siamo a livelli infinitesimi di riscossione delle pene pecuniarie; il 2% circa (con l'eccezione della provincia di Bolzano).

Per la prima volta abbiamo la pena pecuniaria per tassi per superare il ben noto problema della non rispondenza al principio di uguaglianza di una pena pecuniaria uguale per il ricco e per il povero. In realtà abbiamo già una previsione di questo genere nella legge 231 sulla responsabilità delle persone giuridiche. Ma la pena pecuniaria non ha una valenza rieducativa? Non ne sono convinto: certamente la pena pecuniaria incide su interessi, è da adoperare dove siano in gioco interessi materiali – altrimenti non potrebbe non avere un reale significato di recupero - e può avere significato importante di contrasto a forme di criminalità immediatamente lucrativa. Proprio nei

confronti di un intento finalizzato a guadagnare in maniera antisociale, una pena pecuniaria che impone un pagamento diretto ai fini solidaristici perseguiti dallo Stato Sociale può dare un messaggio importante. Dove ci sono interessi materiali, la pena pecuniaria è un potente richiamo a esigenze di solidarietà sociale, tali da non mettere in discussione l'inserimento sociale, l'adempimento degli obblighi umani e materiali della persona in gioco. Ha senso un diritto penale che prevede la pena del carcere – in pratica raramente eseguita – ma non interviene sui patrimoni, sui benefici illecitamente conseguiti con il reato? Questo strumento può contribuire con una fetta non marginale nell'intervento penale.

Un secondo strumento è dato dalla **pena di carattere interdittivo**, che è da usare con oculatezza, perché in qualche contesto può essere altrettanto grave del carcere: può togliere a una persona l'inserimento lavorativo. Ben diversa è una pena interdittiva nei confronti di una persona che può fare un solo lavoro, e tu glielo inibisci, e la pena interdittiva nei confronti di chi ha fatto ad es. l'amministratore di società ma può fare anche molte altre cose. Siamo consapevoli che per questo tipo di norme occorre definire linee guida che ancora nella bozza non ci sono, ma la loro previsione è un dato importante per impostare il lavoro.

Nei settori amministrativi ed economici assume un significato tutt'altro che banale: un'interdizione rispetto ad un determinato incarico e ad una responsabilità nell'ambito dell'impresa - più ancora che una simbolica pena detentiva spesso sospesa - assume rilievo la pena interdittiva se ha un'applicazione piuttosto rapida.

Un terzo filone, forse più interessante perché passa da una pena che priva di qualcosa ad una pena che consiste nel fare qualcosa, è **la pena prescrittiva**. Nel costruire il progetto la pena prescrittiva ha incontrato resistenze all'interno della Commissione, tanto è vero che, leggendo le prime righe, tale pena sembra strutturata come divieto. E' una pena finalizzata a garantire la sicurezza della società nei confronti di determinati comportamenti ritenuti pericolosi, con prescrizioni orientate a vietare tali comportamenti; ma proseguendo con la lettura della norma, vediamo che la pena prescrittiva può anche consistere in un progetto, in una serie di indicazioni che dovrebbero fornire migliori contenuti all'affidamento sociale, considerando che la popolazione penitenziaria è composta in maggioranza da portatori di disagio sociale. Nelle prescrizioni possono trovare spazio anche i percorsi terapeutici e riabilitativi, tenendo conto del **consenso** ogniqualvolta sia previsto un "fare". Nel medesimo ambito trova spazio, sempre con il consenso del condannato, il lavoro di pubblica utilità, un altro strumento ampiamente applicato fuori dal nostro paese. Su questo terreno si può giocare una certa inventiva nella costruzione delle sanzioni che possa superare uno stereotipo del diritto penale che noi conosciamo in cui la persona che subisce la pena non conta nulla al momento della condanna. Attualmente la pena non è pensata come progetto significativo per le relazioni umane sulle quali il reato ha inciso, non lo è per la vittima né per i rapporti che il reato ha frantumato.

Nell'immaginario collettivo la pena è l'espressione in termini matematici della gravità che si vuole attribuire al fatto commesso: da qui la pena detentiva *omnibus*. In ogni caso si deve fare ricorso alla quantificazione di pena detentiva, unità di misura omogenea. In questa visione complessiva la pena non è un progetto per chi la subisce: la pena è l'evidenziazione di quello che è accaduto agli occhi dell'opinione pubblica.

Possiamo fare un passaggio secondo il quale, fermo restando il diritto penale del fatto non certamente relativo alle caratteristiche della personalità del reo, **la pena possa diventare un progetto** per chi la subisce? Possiamo svincolare la gravità del fatto dalla quantità matematica della pena? La pena deve rimanere congruente con la gravità del fatto commesso, ma credo che ci si spazii perché la risposta sanzionatoria diventi significativa per chi la subisce, per il rapporto con la vittima e per il contesto sociale in cui il reato è maturato. In questi termini penso possa esserci un ruolo interessante per il Giudice, non come creatore "fai da te" di modalità sanzionatorie, cosa che abbiamo visto in provvedimenti di qualche Tribunale di Sorveglianza dove si è evidenziata la necessità di "dover recuperare" la dimensione afflittiva dell'affidamento in prova al servizio sociale con l'inserimento di prescrizioni significative non tanto in termini di riparazione quanto di afflittività. Certamente ci dovrà sempre essere un contenuto afflittivo della pena in termini umani

ma questo deriverà da un percorso significativo. La sanzione prescrittiva dovrà essere accompagnata da un passaggio di mentalità che può trovare spunti nelle esperienze dell'affidamento in prova ed in quelle minorili.

C'è poi **la pena detentiva** che passa attraverso due modalità: la pena parzialmente detentiva in cui la detenzione può concentrarsi in alcuni giorni della settimana in modo che la persona non sia disinserita dalla sua attività lavorativa o analoga, e la pena detentiva che tendenzialmente dovrebbe recuperare la sua dimensione di *extrema ratio*.

La scelta, di fronte a uno strumento sanzionatorio non detentivo, tra sanzione penale e amministrativa dipende dalla scelta circa il potere dello Stato cui si intende affidare la gestione di un determinato illecito (Magistratura o Autorità amministrativa). Il recupero di una effettiva vocazione dell'*extrema ratio* della pena detentiva dovrebbe essere la condizione *sine qua non* per il recupero di un'efficienza del sistema, per non ritornare, come il Capo dello Stato ha espressamente richiesto alla Commissione, ad una situazione pre-indulto.

Naturalmente perché questo avvenga non basta definire nella parte generale una serie di strumenti sanzionatori aggiuntivi; occorre poi che di questi strumenti si faccia uso quando si pone mano ai singoli reati della parte speciale; ecco perché questa bozza di parte generale resta e resterà incompiuta finché non si passerà alla parte speciale: Si tratterà di vedere se i nuovi strumenti sanzionatori vengono utilizzati veramente o in forma simbolica, senza coprire esclusivamente l'ambito che già oggi è coperto dall'affidamento sociale o dalle sanzioni sostitutive. La sfida, quindi, è se queste nuove sanzioni possano rendere gestibili, senza il ricorso alla pena detentiva, ambiti che oggi portano la persona in carcere.

In seconda battuta ci dobbiamo chiedere: cosa si fa **quando la sanzione non detentiva non viene rispettata**? La detenzione è facilmente controllabile, non così la sanzione consistente in una prestazione? Per ora la bozza si limita a prevedere l'esigenza di un passaggio non immediato dalla trasgressione all'applicazione della pena detentiva, e ipotizza una sorta di meccanismo a cascata come quello previsto per le misure cautelari del DPR 448 per i minorenni. La non-osservanza di una sanzione meno grave può portare non immediatamente alla detenzione, ma a provvedimenti di maggiore incidenza.

In questo quadro, peraltro, hanno notevole rilievo anche strumenti di definizione anticipata del procedimento: però prima occorre spendere qualche parola **sul tema dell'ergastolo**. La Commissione si è fatta carico del problema con grande difficoltà; il Ministro si era riservato di portare il tema in Consiglio dei Ministri nel momento in cui il progetto fosse stato trattato. Evidentemente sull'ergastolo si teme moltissimo la reazione dell'opinione pubblica. Si partiva dall'idea tedesca di contenere la durata della pena detentiva. - in Germania la pena detentiva, salva la previsione dell'ergastolo, ha una durata massima di 15 anni, mentre le pene detentive del Codice Rocco hanno massimi edittali molto elevati. In un sistema come il nostro, dove il messaggio sociale della gravità del reato è lanciato attraverso la pena, è giocoforza che tutte le volte in cui l'opinione pubblica ritiene di avvertire la particolare gravità di un certo comportamento si chieda che le pene vengano elevate. Si avverte una certa schizofrenia dell'ordinamento che associa la tendenza al recupero con l'elevamento della pena. Questo problema potrebbe essere affrontato meglio se il progetto di riforma mettesse a disposizione possibilità diverse.

La **pena di lunga durata** deve prevedere un contenimento dei limiti edittali; ma nel corso dei lavori della Commissione si è avvertita la difficoltà nel tradurre in concretezza tale idea fissando un limite di pena di 24 anni. Questo apre al rischio che il nuovo sistema possa costituire l'alibi per far passare qualcosa che mi preoccuperebbe molto: la fine della flessibilità dell'esecuzione della pena detentiva, la fine dell'opzione operata dall'ordinamento penitenziario secondo cui, nonostante tutti i limiti del carcere come struttura educativa, ciò che avviene durante la detenzione ha un significato per il futuro del condannato.

Non vorrei che il fatto che il nuovo codice preveda innovazioni nelle tipologie sanzionatorie e contenga la durata massima delle pene detentive abbia come contraltare la fine del progressivo

reinserimento sociale incidendo sulla liberazione anticipata e, quindi, sulla durata temporale della pena. Io non credo che tornare alla corrispondenza tra inflitto ed eseguito sia funzionale alle esigenze di prevenzione; sarebbe piuttosto un messaggio simbolico, con il rischio che il dichiarare di voler ridurre i massimi edittali elimini la flessibilità della pena e ci si trovi, comunque, con pene uguali a quelle attuali. Possiamo immaginare cosa vuol dire fare saltare la liberazione anticipata.

Questo ci porta ad un'altra parallela considerazione: sappiamo che il codice attuale ha ampliato la **discrezionalità del giudice** nel momento in cui applica la pena, per cui abbiamo un giudizio di prevalenza ed equivalenza delle circostanze aggravanti e attenuanti. Nel progetto questi strumenti tendono a scomparire: in una certa misura si tratta di una razionalizzazione, ma ancora una volta ci troviamo di fronte al rischio che la diversificazione del sistema sanzionatorio e la dichiarazione programmatica che le sanzioni verranno ridotte porti ad un sistema di pene quasi fisse, con spazi edittali molto contenuti. Tanto più che ove si prevede per il giudice la possibilità, prevista in altri paesi come la Francia, di scegliere tra modalità sanzionatorie differenti, si viene a togliere allo stesso, in nome di un mal compreso principio di legalità, ogni possibilità concreta di costruire la pena sull'esigenza del caso concreto e, per quanto possibile, anche con un percorso significativo per l'autore. All'interno della Commissione c'è stata una discussione sull'istituto del correttivo di equità: non c'è più il giudizio di prevalenza ed equivalenza, non ci sono più le generiche, ma vogliamo evitare di passare da una situazione di arbitrarietà sostanziale del giudice ad una in cui si voglia togliere allo stesso la discrezionalità legalmente vincolata riferita al caso concreto.

Ci chiediamo come sia possibile pensare ad un sistema che oltre a proporre una serie di strumenti *istigativi* introduca anche il "correttivo di equità". Gli strumenti di cui abbiamo detto attengono ai reati medio lievi, per cui il correttivo di equità si applicherà soprattutto allorché vi siano ragioni particolari che orientano il giudice verso un giudizio di inadeguatezza per eccesso della pena al caso concreto: cioè, quando il reato è grave, per cui l'imputato rischia una pena intorno ai 10/15 anni di reclusione in un contesto che limita gli strumenti offerti al giudice. Parliamo, infatti, di un sistema in cui l'apporto di aggravanti ed attenuanti viene circoscritto, ed in cui è prevista quale aggravante speciale quella dell'uso delle armi, circostanza che ha una forte incidenza e che porta il giudice a doverla applicare necessariamente. In questo modo si avrà una sperequazione tra omicidio per strangolamento e quello commesso con l'uso delle armi. Ma in realtà che differenza c'è?

Restano i provvedimenti che dovrebbero avere una capacità di deflazione dei procedimenti e quindi una definizione anticipata del processo: in particolare per la prima volta trova spazio la "**messa alla prova**" anche per gli adulti. Il giudice, una volta esclusa la possibilità di assolvere, per poter usare lo strumento della messa alla prova predispone un progetto che, se puntualmente eseguito, porta all'estinzione del reato. Si tratta di uno strumento innovativo, finora sperimentato nel nostro paese nei procedimenti a carico di minorenni. La risposta al reato si traduce non nella quantificazione di una pena ma nella esecuzione di un progetto che ha significato rispetto alla situazione del soggetto agente ed al suo rapporto con la vittima in quanto tra le caratteristiche di questo istituto vi è proprio l'attenzione ai profili della riparazione. Nella messa alla prova c'è un valore intrinseco forte non solo in termini di risocializzazione ma anche di immediatezza della risposta che ha significato anche per la vittima. Come è accaduto nell'ambito minorile, la messa alla prova apre alla possibilità di prevedere, con il consenso delle parti, una mediazione penale.

Voi sapete bene che il nostro sistema per ora parla di **mediazione penale** solo nell'art. 29 della Legge istitutiva delle competenze del Giudice di Pace. In realtà in via equitativa il Giudice di Pace potrebbe usare la mediazione non solo ai fini della remissione della querela ma anche ai fini della promozione dell'attività riparatoria o anche ai fini dell'irrelevanza del fatto, la cui attestazione risiede nel fatto che viene a mancare l'interesse della vittima a proseguire l'azione penale.

Perché la mediazione è importante? Perché consente di riequilibrare alcune caratteristiche del processo penale che ne rappresentano anche un limite. Nel processo penale non è possibile ristabilire un dialogo; nel processo penale ciò che dovrebbe essere detto in termini di sincerità potrebbe essere utilizzato a danno del soggetto che si apre al dialogo. "*Nemo tenetur se detegere*". Nel momento della mediazione, se il mediatore è bravo, è possibile rielaborare quanto accaduto

sulla base della sincerità: quello che viene detto tra le parti durante la mediazione non sarà rivelato al giudice. Vi è qui un'idea della giustizia non come frattura ma come ricostruzione dei rapporti, come riconoscimento del fatto che frattura c'è stata, ma anche che su quella frattura si può lavorare, e ciò può avvenire nell'ambito di un dialogo. Il processo penale non consente di ristabilire questa sincerità, di rispondere al desiderio della vittima che sentiamo ripetere "io voglio guardarlo negli occhi". Al desiderio della vittima noi rispondiamo esclusivamente con l'entità della pena. Ma qual è il vero bisogno della vittima? E' poter vedere riconosciuto che quanto accaduto è stata una prevaricazione, che quanto accaduto è stato reale ma non è per nulla razionale. La vittima ha bisogno della chiarificazione di quanto accaduto, di fare luce sui fatti, e che alla luce di questa chiarificazione si affermi che quanto è accaduto non dovrà più accadere. A questo bisogno il processo risponde con l'entità della pena; e quando il giudice non infligge una pena elevata si ha la percezione che non ha avuto il coraggio morale di dire che quanto è accaduto è grave. La mediazione offre alla vittima la possibilità che venga detto che quanto è accaduto non doveva accadere, e di dirlo addirittura insieme all'autore del reato nell'ambito di una rielaborazione. Non è un caso che l'esperienza milanese in ambito minorile ci insegna che nell'80% per cento dei casi la vittima fa scrivere al mediatore, nella relazione al giudice, che per quanto la riguarda è soddisfatta senza ulteriori esigenze.

Questo è importante: nella fase di mediazione penale è lo stesso autore del reato a proporre, invece di subire, una condotta riparatoria. Nessuno dice che la mediazione penale – ove abbia esito positivo - debba necessariamente arrivare ad una estinzione del reato: può anche portare ad un risultato nell'ambito della commisurazione della pena, nell'ambito della scelta del giudice sul tipo di sanzione da infliggere.

Il fatto che venga dato spazio alla messa alla prova significa un passo avanti verso una giustizia dialogata, fermo il rispetto del *nemo tenetur se detegere*; il mediatore riferirà al giudice un giudizio sulla mediazione, che potrebbe essere positivo persino nei casi in cui la parte offesa abbia rifiutato il rapporto e la riparazione; ma il mediatore non rivela al giudice il contenuto della mediazione: si opera allora una giustizia che cerca di ristabilire le relazioni senza pregiudicare i rapporti con la difesa. Non è un caso che nei grandi casi internazionali le Commissioni per la Riconciliazione siano state un successo dal punto di vista della prevenzione.

Un altro strumento interessante è dato dalla possibilità che una condotta riparatoria prestata ad iniziativa del soggetto agente prima di una certa fase processuale (bisognerà stabilire quale) possa avere un significato estintivo del reato, ove il giudice ritenga congrua la riparazione. Anche qui abbiamo un vantaggio nel fatto che il reato possa avere una risposta concreta ed immediata in termini significativi per la vittima. Una condotta riparatoria che non sia un mero risarcimento del danno, ma sia riferita alla situazione del soggetto agente, può essere ben più del risarcimento in certe situazioni, meno in altre.

Un ultimo elemento riguarda le sanzioni prescrittive e la sospensione condizionale, che a sua volta può prevedere la messa alla prova. Si introduce per la prima volta la possibilità che il giudice, dopo essersi pronunciato sulla responsabilità - onde evitare che ciò possa inquinare il giudizio sui fatti e sulla colpevolezza - possa darsi il tempo per acquisire elementi sulla personalità del quasi-condannato onde costruire adeguatamente la messa alla prova o la sanzione prescrittiva. E' un'apertura al **processo bifasico**, cioè all'idea che il giudice, una volta definita la responsabilità, possa acquisire elementi che oggi non può acquisire nel processo nei confronti di imputato adulto (art. 220 c. 2 c.p.p.) e possa definire un percorso sanzionatorio mirato alla situazione personale. Grande attenzione, dunque, alle esigenze di garanzia ed al fatto che la sanzione diventi in qualche modo un percorso significativo.

Consentitemi un battuta conclusiva: io credo che la riflessione non possa concludersi sul piano di considerazioni puramente pragmatiche: si tratta di avere a monte un'idea di quello che vuol dire fare prevenzione: se manca questa idea, la strategia è difficile da proporre perché non enuncia ragioni che la possono motivare. Sembra che il nodo fondamentale sia costituito dalla Costituzione la quale nel momento in cui prevede una norma espressamente dedicata alla pena, non fa solo

un'affermazione umanitaristica, ma una precisa opzione sul modello di prevenzione. Occorre prendere le distanze dal modello di **prevenzione negativa** riproposta dal sistema retributivo - la minaccia di un negativo che disincentiva per paura condotte future - per andare verso l'idea di una **prevenzione positiva**, consapevoli del fatto che la società con i migliori livelli di prevenzione è quella che si fonda sul **consenso**. Lo Stato che fa prevenzione mantiene elevati i livelli di consenso e persuasione alle sue leggi e non considera il cittadino come un corpo destinatario di minacce, ma come un interlocutore di un messaggio di responsabilità penale personale.

Ecco perché la pena di morte è controproducente: infatti, se nella società è ben chiara l'intangibilità della vita, lo Stato, che per evitare omicidi ne propone uno premeditato sulla pubblica piazza, è uno Stato che fa decadere, nella coscienza sociale, il valore della vita.

Quindi se ciò che fa prevenzione è il consenso, anche l'orientamento al recupero ha significato preventivo. Le politiche di neutralizzazione liberano posti di lavoro criminale che vengono coperti da altre persone. Una persona recuperata nella società assume un ruolo destinato a chiudere quei posti di lavoro criminale, perché attesta l'autorevolezza della norma, la sua capacità di persuasione. Ciò che la criminalità organizzata teme di più è chi recide i legami criminali e torna sul territorio.

Il massimo della prevenzione negativa non dà i risultati sperati. Tutto sommato, nonostante la situazione in cui ci troviamo, il nostro sistema fa più prevenzione, e questo lo hanno intuito le persone che come voi vanno a fare volontariato in carcere, non perché sono buoniste interessate al bene delle persone ristrette e non a quello della società. Voi andate in carcere con la precisa consapevolezza di fare gli interessi della prevenzione generale perché nulla rapporta di più i tassi di tenuta della prevenzione di una persona che sceglie di prendere le distanze dalla precedente esperienza delittuosa.

Intervento di Marco Pelissero

(Professore straordinario di diritto penale Università degli Studi di Genova)

Ripensare la pena nell'età del diritto alla sicurezza: *quali antidoti contro i rischi del neoretribuzionismo e del neocorrezionalismo?**

Sommario: 1. Una introduzione al tema: ripensare la pena; 2. Il contesto socio-criminologico: ripensare la pena nella società del rischio e dell'incertezza; 3. Il contesto normativo: ripensare la pena come risposta alla crisi dell'attuale del sistema sanzionatorio; 4. Il contesto di reazione: ripensare la pena nei contesti di reazioni neoretributive e neocorrezionaliste dei sistemi penali; 5. Il contesto costituzionale: ripensare la pena nel quadro dei principi costituzionali; 6. Ripensare la pena come ripensare le pene; 7. Conclusioni.

1. Una introduzione al tema: ripensare la pena

Oggi una riflessione sul sistema sanzionatorio impone di tenere conto di due elementi: le istanze di sicurezza e punizione che provengono dalla società; principi di garanzia ed il quadro dei valori costituzionali. Due poli, a volte contrapposti, che indicano da un lato la necessità di tener conto della realtà, dall'altro di non perdere di vista i valori fondanti del sistema costituzionale, sui quali poggia anche il diritto penale.

Svilupperò le mie considerazioni, collocando l'oggetto della riflessione dell'incontro "Ripensare la pena" all'interno dei contesti socio-criminologici e normativi, che consentono di inquadrare la crisi dell'attuale sistema e di porre le basi per la formulazione di alcune proposte:

- (a) *il contesto socio-criminologico: ripensare la pena nella società del rischio e dell'incertezza,*
- (b) *il contesto normativo: ripensare la pena come risposta alla crisi dell'attuale sistema sanzionatorio,*
- (c) *il contesto di reazione: ripensare la pena nei contesti di reazioni neoretributive e neocorrezionaliste dei sistemi penali,*
- (d) *il contesto costituzionale: ripensare la pena nel quadro dei principi costituzionali.*

2. Il contesto socio-criminologico: ripensare la pena nella società del rischio e dell'incertezza.

Ripensare la pena richiede innanzitutto di calare la riflessione all'interno del contesto sociale in cui la pena stessa opera. La riflessione della sociologia e della dottrina penalistica più attenta alle interconnessioni tra diritto penale e sociologia hanno evidenziato da tempo che il diritto penale della modernità è caratterizzato dalla necessità di fare i conti con le situazioni di rischio: la società attuale è una società che ha sostituito – come ha scritto Ulrich Beck – alla produzione e distribuzione di ricchezza, la produzione e distribuzioni di rischi (rischi tecnologici, per l'ambiente, le attività produttive, le grandi opere, le biotecnologie, rischi sociali derivanti dai mutamenti nel mercato e nella disciplina del lavoro, dalla finanziarizzazione della ricchezza, dalla globalizzazione, dal terrorismo). Mi interessa soffermare la riflessione su un altro profilo della società del rischio molto più pervasivo. La società del rischio è caratterizzata da un profondo senso di insicurezza, che deriva non solo dai rischi di uno sviluppo incontrollato delle tecnologie, ma investe anche più direttamente le relazioni tra i consociati. Ha bene evidenziato Silva Sánchez che nella società postindustriale migrazioni, disoccupazioni, conflitti culturali, problemi di articolazione interna determinano una situazione di coesistenza che genera conflitti interindividuali, con episodi più o meno espliciti di violenza: in questo contesto il primo fattore di rischio percepito è costituito dall'*altro*. Ad incutere paura ed insicurezza è «l'uomo associato, il gruppo, la società, la moltitudine, l'antagonismo dei bisogni». La criminalità non è più solo una esperienza confinata negli strati marginali della popolazione, ma diventa oggetto di diretta esperienza di qualsiasi consociato: chi non ha subito una aggressione ai propri beni patrimoniali o personali? Il rischio qui non rileva tanto nella sua *intensità*, ma piuttosto nella sua *diffusività* e *pervasività*, come esperienza direttamente vissuta o facilmente immaginabile. Anche qui il rischio introduce un fattore destabilizzante nei rapporti tra consociati e viene a minare il senso di fiducia tra i consociati e tra i consociati e le istituzioni, che il patto sociale aveva chiamato già dall'Illuminismo a garantire la sicurezza a cambio della cessione di una parte della propria libertà.

Oggi la questione criminale è divenuto oggetto dell'agenda politica, uno dei primi punti dell'agenda politica e sulla percezione sociale della criminalità incidono in modo significativo i mass media, che fungono da cassa di risonanza, amplificando alcuni episodi criminali, che riproducono costanti, dove gli attori (autore e vittima) sono ben definiti. Questo complesso di fattori ha prodotto nella società una *forte richiesta di sicurezza*: oggi si invoca a gran voce un *diritto alla sicurezza*.

Il legislatore sbaglierebbe a non tener conto di queste esigenze e la politica criminale che ne derivasse sarebbe ingenua e cieca, perché le richieste di maggior sicurezza sono anche un indice della *percezione della efficacia del sistema penale* e possono *compromettere la fiducia dei consociati* nella prevenzione generale della sanzione. Il riflesso di questo disinteresse del legislatore produce effetti negativi sulla stessa tenuta del monopolio statale nella gestione dell'ordine pubblico. La criminologia della vita quotidiana ha evidenziato lo sviluppo di forme di controllo della criminalità non da parte degli organi pubblici, ma da parte degli stessi attori sociali, da parte delle potenziali vittime: e se alcuni di queste strategie di controllo sociale diffuso del crimine rappresentano strumenti integrativi della prevenzione del tutto legittimi (come la predisposizione di antifurti negli appartamenti) altre volte, come nei comitati cittadini per la sicurezza e le varie forme di "ronde private", che si sostituiscono al controllo pubblico della polizia, sono il segnale di una pericolosa deriva del monopolio statale della forza pubblica.

Se questi sono i rischi del disinteresse del legislatore per la questione criminale, dall'altro non possiamo non evidenziare i rischi di un interessamento per così dire eccessivo da parte del legislatore, che spesso traduce in un problema di politica penale quello che è, in modo più complessivo, ma a che più complesso, un problema di politica criminale, ossia di strategia preventiva della criminalità, che viene ridotto a mera politica di arricchimento dell'arsenale penale. Il rischio in questo caso è, per così dire, opposto a quello a cui giunge l'analisi della criminologia della vita quotidiana: il rischio di un rafforzamento del diritto penale, molto simbolico, molto efficace sul versante della catalizzazione politica, ma poco efficace su quello della prevenzione.

"Ripensare la pena" oggi significa pertanto verificare i limiti entro cui le istanze di sicurezza sociale possono essere filtrate da una razionalità politico-criminale, capace di evitare entrambe le derive di

un diritto penale sempre più irrazionale in bilico tra istanze private di giustizia penale ed il cupo simbolismo di una pena che riproduce in chiave moderna il passato splendore dei supplizi.

3. *Il contesto normativo: ripensare la pena come risposta alla crisi dell'attuale del sistema sanzionatorio*

La dottrina italiana da tempo sollecita la riforma del sistema sanzionatorio. La crisi di legittimazione del diritto penale quale strumento di controllo sociale non è solo più appannaggio del esperti del settore. Così come per l'esperienza della criminalità vi è stata una presa diretta della possibilità della vittimizzazione, così anche la crisi del sistema sanzionatorio non è rimasta confinata ai dibattiti degli esperti, ma è diventata oggetto di esperienza diretta dell'"uomo della strada", il quale alla domanda sullo stato della giustizia penale in Italia, risponderà con due osservazioni: "commettono un reato e poco dopo sono subito fuori di galera a commetterne altri"; "i potenti non vanno mai in carcere".

Queste due affermazioni, pur nello loro assertori età e parzialità, fotografano, nel linguaggio schietto dell'uomo della strada, due vizi sui quali da tempo i saperi esperti hanno puntato l'attenzione.

La prima osservazione dell'uomo della strada corrisponde alla evidenza della divaricazione tra la l'entità delle pene previste in astratto e le pene di fatto scontate: la pena comminata dal legislatore non è di fatto quella in concreto applicata dal giudice, né quest'ultima è di fatto quella in concreto eseguita. Il progressivo ampliamento del potere discrezionale del giudice nelle fasi della commisurazione e della esecuzione della pena ha di fatto reso molto incerta la pena: il peso concreto di quest'ultima, che ne indica in definitiva il grado concreto di afflittività, è mutato non solo quantitativamente, ma qualitativamente rispetto a quanto previsto in partenza dal legislatore.

La seconda osservazioni fotografa un'altra realtà del sistema sanzionatorio italiano: la presenza di una divaricazione tra i destinatari della pena-carcere ed i destinatari delle pene-non carcere: i dati statistici confermano che il circuito carcerario è per lo più destinato a immigrati e tossicodipendenti. La pena carceraria ha dunque sviluppato un *processo di selezione sociale*, che identifica in ambito carcerario precise figure sociali poste ai margini della società: la penalità carceraria non tocca invece la c.d. criminalità dei colletti bianchi, se non come esperienza della custodia cautelare, ma per esigenze interne ad una logica processuale molto spesso deformata.

4. *Il contesto di reazione: ripensare la pena nei contesti di reazioni neoretributive e neocorrezionaliste dei sistemi penali*

Come reagisce il sistema penale a fronte di questa situazione? Le reazioni possono essere di diverso tipo.

4.1. *Potenziamento della risposta sanzionatoria sul versante della pena.* È quanto ad esempio è accaduto negli Stati Uniti dove alla crisi del sistema del Welfare State è corrisposto un declino dell'ideale rieducativo, che si era fondata sul riconoscimento di un ampio potere discrezionale al giudice, in funzione di adeguamento della risposta sanzionatoria alla personalità dell'autore del fatto. La questione criminale ha iniziato ad uscire dal circolo della discussione dei saperi esperti, per diventare oggetto di attenzione delle forze politiche, entrando direttamente nell'agenda politica, subendone inevitabili condizionamenti e strumentalizzazione.

Ne è seguito, da un lato il recupero dell'idea della pena come giusta retribuzione (*just desert*), da applicare in modo da ridurre al minimo il potere discrezionale del giudice: da qui le derive delle leggi approvate in diversi Stati delle c.d. leggi *Three strikes and you are out* dove alla terza condanna scatta una pena indeterminata (il "peso" concreto di queste leggi dipende anche dal tipo di reati, che giustificano questo meccanismo). Dall'altro lato si è assistito al riconoscimento delle potenzialità taumaturgiche della teoria delle Broken Windows e di Wilson e Kelling, che ha supportato una rigida politica di tolleranza zero rispetto a qualsiasi atto di disordine sociale (sia esso di tipo comportamentale che fisico).

Al potenziamento delle pena carceraria ha contribuito in Italia la recente riforma della c.d legge ex Cirielli (l. n. 251 del 2005). Per i recidivi, specie i recidivi reiterati, si riscoprono le potenzialità

neutralizzatrici della segregazione carceraria: i destinatari di questo inasprimento del regime sanzionatorio sono i soliti sospetti, coloro che già erano i destinatari della pena carceraria: il carcere diventa pertanto la modalità esecutiva, con l'esclusione o forte riduzione di accesso alle misure alternative alla detenzione. Al contempo si è assistito alla abbreviazione dei termini di prescrizione del reato che, guarda caso, è andata ad incidere su alcuni reati di gravità medio alta, tra cui le fattispecie di corruzione e reati societari: i destinatari di questi alleggerimenti della risposta sanzionatoria sono anche qui i soliti sospetti, coloro per i quali l'esperienza carceraria rappresenta tutt'al più un accidente da mettere, al più presto, sul piatto della bilancia di una collaborazione processuale. La riforma della legge ex Cirielli ha quindi aggravato il divario tra i destinatari della pena-carcere e della pena-non carcere.

4.2. *Potenziamento dell'apparato delle misure di sicurezza.* In Germania la custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*) è stata progressivamente ampliata dal 1998 nei confronti della criminalità violenta e degli autori di reati di pedopornografia: l'ultima versione, quella del 2002, consente di applicare la misura di sicurezza al condannato, al quale non era stata applicata al momento della condanna a condizione che, entro sei mesi prima della scadenza del fine pena, si accerti che il detenuto, sulla base di elementi emersi nel corso della esecuzione penitenziaria e non rilevabili al momento della condanna, risulti particolarmente pericoloso; una disciplina che è passata indenne anche al vaglio della Corte costituzionale tedesca che, sul presupposto del principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria ha giustificato la forte compressione della libertà personale sul presupposto di una proporzione rispetto alla pericolosità del soggetto rispetto a beni fondamentali della collettività.

In Svizzera la situazione è ancora più eclatante, perché è stato inserito, a livello di costituzione federale l'art. 123 a, che ha avuto l'avallo della consultazione popolare l'8 febbraio 2004:

«Considerato il forte rischio di ricaduta, il criminale sessuomane o violento che nelle perizie necessarie alla formulazione della sentenza è stato definito estremamente pericoloso e classificato come refrattario alla terapia deve essere internato a vita. Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi.

È possibile redigere nuove perizie solo qualora nuove conoscenze scientifiche permettano di dimostrare che il criminale può essere curato e dunque non rappresenta più alcun pericolo per la collettività. Se sulla base di queste nuove perizie è posta fine all'internamento, la responsabilità per una ricaduta è assunta dall'autorità che ha posto fine all'internamento.

Tutte le perizie necessarie al giudizio del criminale sessuomane o violento devono essere redatte da almeno due periti esperti reciprocamente indipendenti e tenendo conto di tutti gli elementi importanti per il giudizio».

Ancora più di recente in Francia la legge del 26 febbraio 2008, n. 174 ha introdotto *rétenion de sûreté*, che si muove per analoghi reati nella stessa prospettiva di potenziare la reazione penale.

Queste linee di politica criminale di potenziamento delle pene o delle misure di sicurezza di interventi muovono da prospettive differenti: quella statunitense propone un neoretribuzionismo, che recupera il principio di responsabilità per giustificare il rigore della risposta sanzionatoria; quella tedesca, svizzera e francese propone un neocorrezionalismo, che potenzia gli istituti della prevenzione *post delictum*. L'una e l'altra, pur differenti nella filosofia di fondo, sono però accomunate da una logica comune di neutralizzazione dell'autore pericoloso e di riscoperta delle sanzioni/misure detentive come strumento di risoluzione "segregativa" del problema criminale.

Il ripensare la pena deve pertanto anche tener conto dei venti gelidi della politica penale che aprono le porte di un securitarismo che in nome della difesa sociale trascura le imprescindibili esigenze della persona. Queste direttrici di politica criminale sono supportate da una criminologia che accentua le differenze tra autore e vittima, concepiti come due mondi separati, marcatamente differenziati dalla rappresentazione e percezione del reo come "altro", come "diverso", nei confronti del quale si giustifica un trattamento sanzionatorio di squalificazione sociale. C'è chi richiama la politica penale del "nemico", una espressione priva di una chiara connotazione, ma che certamente ne accentua i profili negativi.

5. Il contesto costituzionale: ripensare la pena nel quadro dei principi costituzionali.

Se questo è il contesto fattuale e comparato in cui si muove la politica sanzionatoria, dobbiamo chiederci innanzitutto quali indicazioni possano essere tratte dai principi costituzionali per ripensare la pena.

In periodi di forte recrudescenza della criminalità, specie quando l'attenzione dell'opinione pubblica sembra essere catalizzata dalle spettacolarizzazione massmediatica della violenza, può apparire quasi eretico parlare di funzione rieducativa della pena: eppure l'indicazione costituzionale non può essere pretermessa, nemmeno accogliendo l'idea della polifunzionalità della pena. Abbandonata la lettura che spezzava il terzo comma dell'art. 27 Cost., ravvisando nella prima parte il fondamento retributivo della pena e relegando la funzione rieducativa alla fase esecutiva e solo come mera eventualità del percorso penitenziario (Corte cost. sent. nn. 48/1962 e 67/1963), la Corte ha definitivamente chiarito che la *funzione rieducativa della pena non si limita alla sola fase esecutiva, ma deve investire l'intera "vita" della sanzione*, dal suo nascere in sede di comminazione legislativa, al suo momento applicativo, in sede di commisurazione giudiziale, per giungere al momento esecutivo (Corte cost. sent. nn. 282/1989 e 313/1990).

A questo riguardo i momenti più significativi della giurisprudenza costituzionale sono stati quelli nei quali ha richiamato, a più riprese, a garantire il rispetto della imprescindibile funzione rieducativa un legislatore sempre più distratto a questo profilo della pena, persuaso che la lotta alla criminalità organizzata giustificasse la preminenza di rigide scelte di prevenzione generale e di difesa sociale a scapito della funzione rieducativa. Lo ha scritto a chiare lettere nella sentenza n. 306 del 1993: «Va innanzitutto ribadito...che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (cfr. sentenza n. 282 del 1989). Il legislatore può cioè - nei limiti della ragionevolezza - far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata. Per un verso, infatti, il perseguimento della finalità rieducativa - che la norma costituzionale addita come tendenziale sol perché prende atto "della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione" (sentenza n. 313 del 1990) - non può condurre a superare "la durata dell'afflittività insita nella pena detentiva determinata nella sentenza di condanna" (sentenza n. 282 cit.). Per altro verso, il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da "autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena" (sentenza n. 313 del 1990 cit.)».

Si tratta di una sentenza fondamentale, che costituirà l'avvio di un articolato percorso delle argomentazioni della Corte sulla legittimità della politica dei percorsi penitenziari differenziati, che si fondava sulla articolazione di pesi diversi della esecuzione penale in ragione di tre elementi: titolo del reato oggetto di condanna, collaborazione processuale, collegamenti con la criminalità organizzata. Ebbene rispetto a questa linea di politica criminale, che aveva portato il legislatore ad attribuire rilievo preminente alla funzione di prevenzione generale e alle esigenze processuali di acquisizione della prova, escludendo la concessione di misure extracarcerarie a chi condannato per determinati reati non avesse collaborato con l'autorità giudiziaria, La Corte costituzionale ha contrapposto alcuni principi fondamentali non solo per l'effetto che hanno avuto sull'applicazione dell'art. 4-bis ord. penit., ma più generalmente come indicatori di linea di riforma del sistema sanzionatorio.

Innanzitutto la Corte delegittima trattamenti sanzionatori differenziati fondati esclusivamente sul titolo del reato oggetto della condanna: «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa per "tipi

d'autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe essere perseguita» (Corte cost. sent. n. 306/1993).

A partire dalla sent. n. 306 del 1993, la Corte costituzionale avvia un articolato e lungo percorso di reinterpretazione dell'art. 4-bis ord. penit., del quale sono dichiarate illegittime quelle preclusioni all'accesso alle misure extracarcerarie, la cui rigidità era dettata proprio dalle esigenze di prevenzione generale e di collaborazione processuale: né il titolo di reato, né l'assenza di collaborazione processuale sono di per sé elementi presentivi di pericolosità del soggetto, che possono in qualche modo condurre a pregiudicare il processo rieducativo del condannato; va piuttosto compiuta una valutazione in concreto della personalità dell'autore, valorizzando in particolare l'elemento dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, che diventa la cartina di tornasole del percorso rieducativo del soggetto.

La Corte arriva pertanto a dare indicazioni fondamentali su come contemperare due fondamentali esigenze del sistema sanzionatorio: *certezza della pena*, in funzione di soddisfazione delle esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, che richiedono al contempo una più accentuata rigidità nella definizione dei presupposti applicativi della sanzione e la possibilità di differenziare i regimi sanzionatori in base a presupposti predefiniti dalla legge; *flessibilità della pena*, in funzione di soddisfazione delle esigenze di prevenzione speciale positiva: di qui una accentuazione della valutazione della personalità, del vissuto, dell'esperienza di cui il singolo soggetto è portatore. Ebbene, la Corte fissa alcuni punti fermi: a) la valorizzazione della polifunzionalità della pena non può compromettere una delle funzioni, in primis quella di prevenzione speciale: è una indicazione essenziale in un contesto sociale e politico che oggi tende a rifondare la pena in chiave retributiva e ad irrigidire il sistema sanzionatorio; b) *la prevenzione generale non può giustificare presunzioni di pericolosità dell'autore* (già espunte dal sistema penale le ipotesi di pericolosità presunta, quale presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza, non possono giustificare trattamenti sanzionatori differenziati nell'ambito della pena), c) la funzione di prevenzione speciale positiva richiede una flessibilità che consenta di tener conto dei progressi nella rieducazione.

Questi principi sono stati recentemente ribaditi dalla Corte costituzionale in relazione alla discussa disciplina della recidiva. Ancora una volta la Corte sottolinea la inaccettabilità di sistemi fondati su una rigida tipizzazione per tipi di autore, questa volta non rispetto al reato presupposto, ma ai precedenti penali del soggetto; l'opzione repressiva non può relegare nell'ombra il profilo rieducativo in base a presunzioni di pericolosità dell'autore recidivo. Ne sono seguiti, come è noto sia la dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune preclusioni nell'accesso alle misure extracarcerarie nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della nuova disciplina, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato (Corte cost. 79 e 256/2007), sia la dichiarazione di non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale della disciplina della recidiva sul presupposto che la stessa non avrebbe introdotto presunzioni di pericolosità dell'autore recidivo reiterato, in quanto, trattandosi di recidiva facoltativa – il magistrato disporrebbe di un potere discrezionale per valutare se nel caso concreto il soggetto recidivo manifesta una pericolosità tale da giustificare una restrizione nell'accesso alle misure extracarcerarie: dunque tendenzialmente *la flessibilità del sistema si impone ex vincolo costituzionale rispetto alla sua rigidità*.

Più in là però la Corte non si spinge: rispetto ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina della recidiva e rispetto ai soggetti ai quali il giudice abbia riconosciuto in concreto gli estremi della recidiva (ritenendo pertanto che il caso concreto giustificasse un maggior giudizio di rimprovero e fosse espressivo di una maggiore pericolosità del soggetto), la Corte non dà indicazioni a favore di una ulteriore flessibilizzazione del sistema sanzionatorio in fase esecutiva in funzione del rispetto delle esigenze di rieducazione. Le preclusioni imposte dalla legge ex Cirielli sul terreno della disciplina dei benefici penitenziari sono pertanto inderogabili? In presenza di soggetti che nel corso dell'esecuzione – magari anche a molta distanza dal momento del giudizio in cui il giudice si era pronunciato a favore del riconoscimento della recidiva – abbiano sviluppato un percorso rieducativo, che appare tale da giustificare l'accesso alle misure alternative alla detenzione, queste dovranno essergli negate per il solo fatto che si tratta di recidivi reiterati? Sul punto la Corte non è stata chiamata a pronunciarsi. Credo tuttavia che le indicazioni che emergono dallo sviluppo della giurisprudenza costituzionale possano far seriamente dubitare della legittimità costituzionale di una disciplina, che finisce per obliterare (per utilizzare le parole della Corte cost.

nella sent. 306 del 1993) la funzione rieducativa: la certezza della pena e le esigenze di difesa sociale non possono mai annullare la funzione rieducativa della pena, non possono mai condurre a ritenere che “esistono soggetti non rieducabili”, non potrà mai condurre a disconoscere il valore di persona dell’autore del reato, per quanto grave possa essere il fatto commesso. Una qualunque soluzione che muovesse in questa direzione riproporrebbe quella logica amico/nemico che porta a costruire un sistema sanzionatorio fondato sulla logica di negazione di fondamentali diritti della persona.

6. *Ripensare la pena come ripensare le pene.*

Alla luce del contesto socio-cultural-criminologico in cui stiamo vivendo, alla luce dei principi costituzionali, così come interpretati dalla Corte costituzionale, la riflessione sulla pena si deve tradurre in una riflessione sulle pene: non esiste cioè una pena, intesa in senso monolitico e da intendere in modo unitario, ma una pluralità di pene che pongono problemi differenti.

Darò ora alcune indicazioni per passare dal ripensare la pena nella prospettiva dei principi e del suo finalismo al ripensare alla riforma del sistema sanzionatorio.

Credo si sia tutti d’accordo sulla necessità di contenere la penalità carceraria, perché il carcere non rieduca e perché i tassi di recidiva di coloro che hanno scontato la pena in carcere sono più alti di coloro che hanno usufruito di misure extracarcerarie. Ma attraverso quali mezzi è possibile attuarlo? Si è detto: attraverso una più intensa depenalizzazione. Si proceda pure in tal senso, ma in ogni caso i reati che fossero oggetto di un ulteriore processo di depenalizzazione non inciderebbero sulla penalità carceraria. A tal fine potrebbe, invece, essere più efficace affrontare seriamente un punto sul quale c’è convergenza in dottrina, ossia dotare il sistema di un novero più ampio di *sanzioni non detentive previste come pene principali*: una soluzione sulla quale sono concordi tutti i progetti di riforma presentati in questi ultimi vent’anni.

Se non che, l’affermazione di principio richiede una traduzione in termini concreti, fatta di scelte sul terreno della parte speciale: nel momento in cui si dice: “dobbiamo prevedere come pene principali pene non detentive”, dobbiamo anche chiederci “con quali pene e per quali reati”. Solo attraverso uno screening della parte speciale potremo renderci conto se il principio della extrema ratio nel ricorso alla pena detentiva riesca davvero a tradursi nella riduzione della sanzione carceraria: sino a che si rimane al solito esempio del medico, che debba rispondere di omicidio per colpa professionale, dicendo che può essere molto più efficace in termini di deterrenza la sospensione dall’esercizio dell’attività che non la pena detentiva, magari sospesa, non facciamo molti passi avanti nella riduzione dell’area della penalità carceraria, perché per quell’omicidio già oggi il medico ben difficilmente andrà in carcere. Questo esempio mostra come qualsiasi progetto di riforma del sistema sanzionatorio non possa essere apprezzato sul solo terreno della parte generale: è assolutamente necessario che la prossima Commissione per la riforma della parte generale operi sui due terreni, della parte generale e della parte speciale.

Con queste precisazioni, credo che sia giusto muoversi nella direzione dell’ampliamento del ventaglio delle sanzioni principali, come hanno fatto i progetti delle Commissioni Pagliaro, Grosso, Nordio e da ultimo Pisapia; sono però anche convinto della necessità di non estendere eccessivamente l’area delle sanzioni comminabili in astratto, per evitare di avere poi difficoltà nella graduazione del disvalore delle fattispecie di parte speciale.

Mi limiterò ora ad alcune brevi indicazioni sulle possibili strategie di riforma:

a) *Sanzioni pecuniarie*. Vanno certamente riviste secondo il modello dei tassi giornalieri (queste potrebbero avere un ambito di applicazione molto ampio – ciò accade già da anni in Germania, come ha evidenziato la ricerca di Dolcini e Paliero); ma è necessario sperimentarle effettivamente, ad una condizione però: che si incida sul meccanismo di riscossione delle stesse. Sappiamo – ce lo hanno indicato i risultati della Commissione Grosso – che in Italia l’esazione delle pene pecuniarie non raggiunge il 2%, con la conseguenza che le sanzioni pecuniarie sono di fatto ineffettive e, quindi, prive di efficacia deterrente. Se dovesse rimanere l’attuale situazione sul piano della esazione concreta, l’ampliamento dell’ambito di applicazione delle sanzioni pecuniarie sarebbe fallimentare.

b) *Sanzioni interdittive*. Prevedere sanzioni principali a contenuto interdittivo. Mi convince l'idea proposta dalla Commissione Pisapia di non procedere direttamente alla conversione in pena detentiva in caso di trasgressioni ai divieti imposti. Si potrebbe anche prevedere un duplice meccanismo di conversione, in pena detentiva o non detentiva in relazione al tipo di violazione riscontrata.

c) *Sanzioni prescrittive*. Costituiscono un punto caratterizzante del progetto Pisapia, ma investono allo stesso tempo profili molto delicati dell'assetto sanzionatorio, che rischia di assumere carattere eccessivamente correzionale, tra prescrizioni impartite e reazione del sistema alle violazioni delle prescrizioni. Credo che alcune di queste possano essere trasformate in sanzioni interdittive: ad esempio l'art. 29 lett. b) del progetto prevede il divieto o la limitazione di accesso a determinati luoghi, che mi sembra possa essere costruita come misura interdittiva. Mi convince invece la libertà sorvegliata: mi chiedo se possa essere utilizzata anche come pena aggiuntiva a pene detentive di lunga durata, già determinata, anche nella durata, dal giudice con la sentenza di condanna e che potrà poi essere applicata, sospesa o ridotta nella sua durata in ragione del percorso personale del condannato durante l'esecuzione. In tal senso mi sembra di poter leggere l'art. 32 comma 3 che prevede che "intervenuta la liberazione, il condannato venga sottoposto a prescrizioni di controllo e sostegno": nel progetto però la disposizione sembra più configurare una misura di sicurezza, perché non è predeterminata la durata massima della imposizione delle prescrizioni (a preoccuparmi sono ovviamente le prescrizioni di controllo, non quelle di sostegno).

Il progetto mi convince meno in alcune parti, che presentano tratti correzionali accentuati: mi riferisco alla prescrizioni comportamentali e a a contenuto conformativo, entrambe da definire secondo modalità previste dalla legge (art. 29, lett. d, e).

d) *Sanzioni detentive*. Sarebbe illusorio un abbandono della pena detentiva, illusorio al pari delle teorie abolitive del diritto penale, che o configurano irraggiungibili utopie o finiscono per sostituire al controllo penale forme alternative di controllo più invasive della libertà personale. Mi limiterò ad alcune brevi considerazioni sulla sanzione che fonda il nocciolo duro della penalità carceraria.

Quanto alla alternativa "*ergastolo o pena detentiva di lunga durata*?" è necessario avere il coraggio della scelta di abolire l'ergastolo, in conformità alla più ampia applicazione dell'art. 27, comma 3 Cost., il cui rispetto le sentenze della Corte costituzionale sulla reclusione a vita non hanno del tutto fugato; l'alternativa non può però essere una pena detentiva di così lunga durata da risultare una forma mascherata di ergastolo, magari anche più pesante dell'attuale versione edulcorata dell'ergastolo a seguito dell'applicazione della liberazione condizionale: rischieremmo altrimenti di avere una sanzione ugualmente afflittiva, ma con un impatto negativo sull'opinione pubblica, che vede nell'abolizione dell'ergastolo una riduzione dell'efficacia preventiva della pena.

È necessario rivedere i *limiti massimi edittali di pena*, che nel codice Rocco sono molto elevati e che di fatto i giudici non applicano.

Va potenziata la *sospensione condizionale della pena* in funzione di contenimento degli ingressi in carcere, evitando, attraverso l'arricchimento delle prescrizioni imposte al condannato, l'attuale indulgenzialismo di una sospensione che si traduce di fatto in impunità per la prima condanna e altera l'importanza di questo istituto in una falsata percezione sia da parte dell'autore del fatto che da parte della collettività.

Rimane da sciogliere il problema del *trattamento dei recidivi* della penalità carceraria. Esistono molti recidivi e sono questi ad affollare le carceri italiane, costantemente assoggettate al rischio di sovraffollamento. Sono gli autori di reato pericolosi, quelli per i quali il codice Rocco aveva previsto l'apparato delle misure di sicurezza, che però di fatto non ha mai svolto alcuna efficace funzione preventiva, specie a partire dalla abolizione della pericolosità sociale presunta.

La legge ex Cirielli ha potenziato il controllo penale della pericolosità del recidivo attraverso la pena, limitando o impedendo l'accesso alle misure extracarcerarie: una logica, l'ho già detto, di pura segregazione, cieca rispetto ai suoi stessi riflessi. Credo che nel futuro del diritto penale possa ancora trovare spazio la recidiva, ma riformata rispetto all'attuale disciplina: il diritto penale non può rimanere nella illusoria prospettiva del buon vecchio diritto penale della gente perbene di una reazione proporzionata solamente al disvalore del fatto. La pena in quanto incide sul soggetto non può non tener conto della sua personalità, non può non tener conto della probabilità di commissione nel reato. Credo che all'interno di un assetto di disciplina nel quale scompaiano le misure di

sicurezza, se non per i soggetti non imputabili (ed anche qui disciplinate in termini flessibili e di *extrema ratio*) la *recidiva* debba essere rivista nei termini di una *figura qualificata di pericolosità sociale*, o meglio – per abbandonare una terminologia che ci riporta ad una criminologia lombrosiana – di probabilità di recidiva. Ma in quali termini?

Innanzitutto va ridefinita la recidiva: se il suo fondamento non è costituito da un giudizio di maggior colpevolezza per il fatto commesso, ma dal pericolo che possano essere commessi nuovamente reati, è necessario: delimitare la recidiva alla sola *recidiva reiterata*; delimitare la dichiarazione di recidiva ai soli *reati della stessa indole*, comprendendo anche i reati colposi e le contravvenzioni ingiustificatamente tagliati fuori dal nuovo art. 99 c.p. (su queste due ultime categorie di reati si potrebbe anche procedere per tipizzazione dei reati da includere nel campo di applicazione); introdurre una delimitazione dell'*arco temporale* entro cui devono essere stati commessi i reati (recidiva infraquinquennale). Dovrebbe inoltre essere abbandonato il requisito della commissione del reato *dopo la sentenza di condanna irrevocabile*: se i reati in precedenza commessi costituiscono un indice della probabilità di commissione di ulteriori reati, allora il fatto che si tratti di fatti commessi dopo una sentenza di condanna non può essere presupposto imprescindibile della recidiva, ma può fungere da elemento che il giudice può valutare per avallare il giudizio prognostico. Infine va mantenuta la *facoltatività della recidiva*: la Corte costituzionale ha dichiarato «preoccupante la tendenza alla configurazione normativa per “tipi d’autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe essere perseguita» (Corte cost. 306/1993).

Ricostruiti la recidiva nei termini qui appena abbozzati, quali effetti le vanno riconosciuti? Non credo debba comparire tra i criteri di commisurazione della pena, né in senso stretto (commisurazione infraeditale), né in senso ampio come circostanza aggravante (commisurazione extraeditale): in questo momento la valutazione del giudice deve essere delimitata dal principio di proporzione rispetto al disvalore del fatto ed alla colpevolezza del soggetto, con possibilità di una riduzione della sanzione in ragione delle esigenze di rieducazione del soggetto. La recidiva può invece assumere significato come fattore impeditivo rispetto a determinate cause di estinzione del reato (ad es. sospensione condizionale della pena, indulto, amnistia) o come presupposto per la definizione di percorsi penitenziari che tengano conto della probabilità di commissione del reato: è in questo momento che, credo, debba essere attribuito rilievo alla probabilità di commissione di reati quale elemento che entra nel complesso della valutazione della personalità del soggetto. In questa direzione potranno anche essere previsti limiti più rigorosi di accesso ai benefici penitenziari, ma rimessi sempre alla valutazione discrezionale del giudice. Si supponga che la disciplina generale permetta l’accesso alla semilibertà trascorsa la metà della pena: per i recidivi il legislatore dovrebbe prevedere non tanto che la concessione della misura alternativa debba richiedere di aver trascorso almeno due terzi della pena, ma attribuire al giudice il potere discrezionale di ritardarne la concessione solo allo scadere dei due terzi della pena. Questo sistema indicherebbe al giudice la necessità di maggiore attenzione nell’esercizio del potere discrezionale rispetto a quei soggetti, la cui “pericolosità” deve essere presa in considerazione nella valutazione del percorso riabilitativo; non sarebbe invece possibile costruire un sistema che portasse a ritenere alcuni soggetti come non rieducabili, perché è la Corte costituzionale ad aver escluso la compatibilità di questo sistema con i principi della pena.

Non solo: ma la recidiva dovrebbe essere presa in attenta considerazione dal legislatore al fine di prendere in considerazione interventi trattamentali: poiché spesso in questi casi potremmo trovarci di fronte a personalità ai limiti della non imputabilità, sarà sul versante dell’aiuto sociale e personale che dovranno essere potenziati gli interventi: in questa direzione gli istituti di terapia sociale sul modello tedesco possono costituire un interessante esempio per ripensare, *all’interno della pena*, il problema del trattamento dei soggetti pericolosi bisognosi di intervento.

7. Conclusioni.

Sono convinto che la certezza della pena debba tradursi nella sua effettività; son meno sicuro che tale effettività significhi anche efficacia: ed è l’efficacia piuttosto che l’effettività lo scopo ultimo che il legislatore, libero dalle pastoie retributive, dovrebbe perseguire.

Certezza della pena significa richiamare l’attenzione sul principio di responsabilità per il reato commesso, principio spesso trascurato da una prassi indulgenziale nella concessione delle misure alternative alla detenzione, in una sospensione condizionale della pena che abbuona il primo reato e

talvolta anche il secondo. Ciò però non può anche significare irrigidimento dei presupposti applicativi della pena, tipizzazione presuntiva della pericolosità dell'autore, in base a stereotipi che possono essere più pericolosi per la democrazia dello stesso reato che si vuole combattere. È dunque necessario riorganizzare il sistema sanzionatorio senza attribuire tutti i mali delle sue disfunzioni alla sua flessibilità: certo questa va rivista e ricondotta entro binari più razionali rispetto ad un sistema come l'attuale che si mostra in taluni punti del tutto arbitrario, ma non dobbiamo dimenticare che la flessibilità è coesistente al principio della rieducazione e guarda al destinatario della pena come ad una persona. Deve essere però chiaro che il potenziamento questa linea di politica criminale richiede uno sforzo notevole in termini innanzitutto di investimenti: potenziare le misure extracarcerarie significa anche creare un apparato di supporto esterno di controllo e di sostegno; potenziare i percorsi differenziali per i recidivi significa anche potenziare le attività interne al carcere; le pene non sono infatti né entità astratte, né semplice insieme di muri e inferriate. Ripensare alle pene significa quindi innanzitutto ripensare alle strutture ed al personale, che danno in definitiva il senso effettivo della pena: ci troveremo altrimenti davanti ad un nuovo sistema sanzionatorio, davanti a nuovi fallimenti, davanti magari a nuovi convegni su come ripensare una pena già tante volte ripensata, mentre fuori ci sarà sempre chi sarà pronto a cavalcare le richieste di maggiore sicurezza in nome di un diritto alla sicurezza che – direbbe Alessandro Baratta – nega la sicurezza dei diritti.