

UNA SVOLTA IMPORTANTE NELLA POLITICA PENALE

di Domenico Pulitanò
(Professore emerito di diritto penale)

SOMMARIO: 1. Proposte relative al processo. – 1.1. La regola di giudizio relativa al promovimento dell'azione penale – 1.2. La restrizione della legittimazione all'azione civile – 2. Proposte relative al sistema sanzionatorio. – 2.1. Pena pecuniaria e misure alternative al sistema penitenziario. – 2.2. Estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 131 bis Cp. – 2.3. Estensione dell'ambito di applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova. – 3. La questione della prescrizione – 3.1. Il problema del criterio di determinazione dei tempi di prescrizione. – 3.2. Osservazioni critiche sulle alternative prospettate dalla Commissione. – 4. Riassumendo e concludendo.

L'apertura di un *forum* sulle proposte della Commissione Lattanzi, in una prestigiosa rivista *on line*, merita apprezzamento come segnale di particolare interesse per una svolta che finalmente si prospetta dopo anni di populismo penale di vario colore (il *penale-spazza*, nel lessico dei suoi fautori).

Sono state presentate (e motivate in una corposa relazione) numerose proposte che riguardano il processo e il sistema sanzionatorio. Le osservazioni qui svolte si concentrano su punti concernenti non semplicemente la funzionalità del *law enforcement* processuale, ma la giustizia sia del procedere sia degli esiti.

1. Fra le tante proposte relative al processo, spiccano alcune che definirei non meramente procedurali, ma di garanzia sostanziale della ***serietà del processo***.

1.1. Particolarmente importante è la previsione di una più stringente regola di giudizio relativa al promovimento dell'azione penale (alla richiesta d'archiviazione, alla decisione sul rinvio a giudizio): non deve essere chiesto (dal PM) e non deve essere disposto il giudizio «*quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono tali da determinare la condanna*» (art. 3, comma 1 lett. a e lett. i-bis).

Il PM impegna nell'azione penale la sua responsabilità di valutazione degli esiti delle sue indagini. Il dibattimento è finalizzato alla verifica di un'ipotesi d'accusa che il PM ritiene di poter difendere con successo in un eventuale giudizio abbreviato¹. Non

¹ È accaduto (il sottoscritto ne ha avuto esperienza) che il medesimo giudice dell'udienza preliminare, alla luce dei medesimi elementi, assolva *perché il fatto non sussiste* i coimputati che hanno chiesto il rito abbreviato, e

è una strada che possa essere imboccata *ad explorandum*, alla ricerca di eventuali nuovi elementi necessari a completare una prova mancante. Rendere più stringenti i presupposti del rinvio a giudizio risponde a esigenze, ad un tempo, di alleggerimento del carico gravante sulla macchina giudiziaria, e di garanzia dei diritti delle persone.

Per quanto concerne l'avvio di indagini, è garanzia delle persone coinvolte (ma anche delle condizioni in cui l'indagine possa svolgersi) la previsione che *«la mera iscrizione del nominativo della persona nel registro delle notizie di reato non determini effetti pregiudizievoli sul piano civile e amministrativo»* (art. 3, -l-quater). In astratto, si tratta di un ovvio corollario del modello vigente. L'espressa previsione che esclude effetti pregiudizievoli è resa opportuna da una realtà nella quale l'essere *'indagato'* (come dice un linguaggio stigmatizzante) comporta conseguenze negative sul piano dell'immagine pubblica.

1.2. Ha a che fare con la ragionevole individuazione dei diritti in gioco nel processo anche la limitazione espressamente prevista (art. 1-bis lett. c) per la legittimazione all'azione civile: *«radicale esclusione degli enti, di vario genere, che non siano titolari del bene giuridico offeso dal reato, ma soltanto portatori di interessi diffusi, al rispetto delle norme stabilite dalla legge penale»*, ferma restando la *«facoltà di partecipare al procedimento a fianco della parte pubblica ai sensi dell'art. 91 c.p.p.»*.

La trasfigurazione degli enti esponenziali in parti civili, ad opera di una ben intenzionata ma non ben fondata giurisprudenza creativa, nella concreta esperienza processuale si è rivelata un fattore di appesantimento inutile di dibattimenti anche molto complessi (per scarsità o assenza di contributi probatori dei c.d. enti esponenziali), e ha introdotto pretese risarcitorie ideologicamente costruite, aggiuntive rispetto ai risarcimenti dovuti alle vere persone offese e danneggiate. Anche questo è un aspetto (presentato come *'progressista'*) dell'approccio populista ai problemi del penale.

2. Numerosi punti della proposta Lattanzi hanno a che fare (direttamente o indirettamente) con i modelli di risposta al reato. Anche punti della disciplina processuale (condizioni di procedibilità; archiviazione c.d. meritata, da coordinare con la disciplina della sospensione del processo con messa alla prova). Ma soprattutto le proposte relative al diritto penale sostanziale.

disponga il rinvio a giudizio di chi non lo ha chiesto.

2.1. *Linee di riforma in tema di pene alternative edittali* sono state elaborate di recente (marzo 2021²) nell'ambito della Associazione italiana professori di diritto penale. Al di là delle diverse soluzioni tecniche prospettate, è significativa la *convergenza della AIPDP e della Commissione Lattanzi verso una ristrutturazione 'di sistema' e un forte ridimensionamento dell'espiazione in carcere.*

Vi è convergenza sulla ***riforma della pena pecuniaria (art. 9) secondo il modello delle quote giornaliere***³.

Vi è convergenza nella ricerca di ***modelli sostitutivi delle pene detentive brevi***: così definite tradizionalmente, ma che la proposta di riforma (art. 9-bis) porta fino alla soglia di 4 anni, in una ragionevole ottica di deflazione della pena carceraria.

Preso atto del mancato decollo delle pene sostitutive introdotte dalla legge n. 689/1981, la proposta Lattanzi modifica il pacchetto, eliminando la semidetenzione e la libertà controllata, e introducendo la detenzione domiciliare, l'affidamento in prova e la semilibertà, e (se il condannato vi acconsente) il lavoro di pubblica utilità. Sono previste discipline differenziate, secondo che la decisione sia del giudice del dibattimento o in sede di patteggiamento. Viene previsto di *mutare per quanto compatibile* la disciplina dell'ordinamento penitenziario.

Rimodellando le risposte al reato in forme introdotte dall'ordinamento penitenziario, le proposte della Commissione Lattanzi ricompongono ad unità il sistema della legalità penalistica.

Sull'ambito governato dal principio di legalità ex art. 25 Cost. è d'interesse la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2020: il principio d'irretroattività *in malam partem* vale anche per la disciplina degli istituti dell'ordinamento penitenziario che comportano *“una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale”*. Le c.d. *misure alternative* dell'ordinamento penitenziario sono *diritto penale*; e dunque, per la loro disciplina il principio penalistico di legalità vale in tutti i suoi aspetti. È un profilo rimasto finora in ombra.

Sui nessi fra penale e penitenziario il legislatore è sollecitato a intervenire dalla recente ordinanza n. 97/2021, che ha motivato l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo.

La previsione *che la sostituzione della pena detentiva non possa esser disposta più di una volta* esclude che si tratti di un nuovo catalogo di pene principali. Vi è qui una differenza dalle linee di riforma elaborate dalla AIPDP, che si caratterizzano per la previsione di pene prescrittive, come tipologia nuova che si aggiungerebbe a quelle

² Il testo è pubblicato nel sito della AIPDP.

³ Su questo punto è autorevolmente intervenuto Emilio Dolcini, *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della Commissione Lattanzi*, in *Sistema penale online*, 4 giugno 2021.

esistenti. Una linea più spinta, astrattamente più coerente. La Commissione Lattanzi ha additato una strada più prudente (forse) sul piano politico.

2.2. Un mutamento di prospettiva caratterizza la proposta (art. 9-ter) di estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 131-bis Cp (non punibilità per particolare tenuità del fatto). Dal riferimento al massimo edittale quale limite di applicabilità, si passa al riferimento al minimo edittale, «secondo una proposta da tempo avanzata da diversi studiosi e da commissioni di studio istituite nel recente passato presso il Ministero della Giustizia», e indicata dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 156/2020, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis Cp, «nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva». Con riguardo specifico all'art. 131-bis, ha messo a fuoco in modo nuovo il significato dei minimi e massimi edittali, e la Commissione Lattanzi ha recepito questa indicazione: «quando si tratta di individuare una sottofattispecie bagatellare, nell'ambito di una determinata figura di reato, assume rilievo il minimo edittale della pena comminata dal legislatore, non già il massimo».

Nel disegnare i limiti di applicazione di istituti che escludono la punibilità, o comportano modifiche della risposta al reato, l'ordinamento italiano fa uso di modelli diversi. Il riferimento alla pena 'meritata' in concreto è il modello adottato dal codice Rocco nella disciplina della sospensione condizionale della pena (e del perdono giudiziale). Fanno invece riferimento ai massimi edittali la disciplina della prescrizione, quella dell'amnistia e dell'indulto, e gli istituti introdotti dal legislatore del 2014 (sospensione del processo con messa alla prova, e non punibilità per particolare tenuità del fatto).

2.3. Anche per la sospensione con messa alla prova viene proposta (art. 9-quater) un'estensione dell'ambito di applicabilità. Viene però tenuto fermo il riferimento al massimo edittale come limite d'applicabilità: non è stato recepito l'argomento utilizzato a proposito dell'art. 131-bis. Coerenza razionale suggerirebbe il medesimo mutamento di prospettiva, *mutatis mutandis*. Anche per la sospensione con messa alla prova, si tratta di individuare la disciplina adeguata a un fatto (non necessariamente bagatellare, ma) collocato nella fascia bassa di una determinata figura di reato. E dunque dovrebbe assumere rilievo il minimo edittale della pena comminata dal legislatore, non già il massimo.

I massimi edittali incorporano valutazioni del legislatore storico su gravità, meritevolezza di pena e bisogno di pena relativi a fatti collocabili nella fascia più alta di gravità d'un dato tipo di reato. Il limite del massimo edittale può avere senso, se e

in quanto possa essere considerato significativo rispetto alla valutazione di gravità dell'insieme dei fatti rientranti nel tipo di reato. È il caso degli istituti della clemenza (amnistia e indulto) che riguardano tipi di reato al di sotto di un certo livello di gravità. In relazione, invece, ad istituti che selezionano 'alla base' fatti di gravità minore, la valutazione dei fatti di gravità maggiore entro il tipo di reato non ha alcun significato. È questo il messaggio leggibile nella sentenza n. 156/2020, e recepito nella proposta di modifica all'art. 131-bis.

Nella vigente disciplina della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale - istituti sperimentati da molto tempo -, viene fatto riferimento alla pena commisurata in concreto: è il modello più coerente con i principi che esigono una ragionevole corrispondenza della risposta al reato con una valutazione del fatto concreto. Da questo paradigma il legislatore del 2014-2015 si è discostato, assumendo come limite d'applicabilità di istituti di favore il massimo edittale.

Per segnare i presupposti d'applicazione di istituti di favore, fino alla non punibilità di fatti astrattamente conformi a un tipo di reato, il riferimento al massimo edittale è un *surplus* di limitazione che non ha alcun rapporto con la gravità di fatti concreti per i quali sarebbe adeguata una pena *inferiore* a un certo livello. Per la disciplina della messa alla prova, soluzione coerente e più ragionevole - del tutto in linea con la proposta di modifica dell'art. 131-bis - sarebbe il riferimento alla pena prevedibile per il fatto ipotizzato dall'accusa. La struttura dell'istituto, applicabile a seguito di una valutazione giudiziale di ammissibilità, rende possibile tale soluzione.

3. Sulla questione *prescrizione* - divenuta politicamente cruciale dopo la riforma di cui alla legge n. 3/2019 - la Commissione Lattanzi propone due ipotesi alternative.

Una in chiave di modifiche volte a ridurre l'incidenza della prescrizione nei giudizi d'impugnazione: «*in luogo dell'attuale sospensione illimitata e incondizionata dopo la condanna, una sospensione condizionata e di durata limitata, corrispondente alla durata non irragionevole stabilita per i giudizi di impugnazione dalla legge Pinto*».

L'altra in chiave processuale. Dopo l'esercizio dell'azione penale, con cui lo Stato manifesta l'interesse a perseguire il reato, comincia a decorrere la prescrizione del processo, calibrata come salvaguardia della ragionevole durata del processo, in ciascuna fase. La finalità oggi prioritaria sarebbe ridurre i tempi di definizione dei giudizi, allineandoli agli standard europei. Per i delitti più gravi, il termine massimo di durata del processo penale, che si articola nei tre gradi di giudizio, può arrivare a undici anni. Su questa ipotesi, la relazione dà atto di talune perplessità manifestate in seno alla Commissione.

La Corte costituzionale italiana ha sempre ricollegato l'istituto prescrizione ai principi costituzionali relativi al diritto penale sostanziale⁴. È una causa di non punibilità sopravvenuta, come tutti gli istituti che il codice penale raggruppa sotto l'etichetta di cause di estinzione del reato: istituti eterogenei, accomunati dall'effetto sostanziale di inibizione o eliminazione delle conseguenze penali d'un reato commesso, in ragione di fatti successivi. Ciò che differenzia il problema prescrizione, è che la non punibilità viene collegata non a fatti specifici avvenuti nel tempo dopo il commesso reato, ma al semplice scorrere del tempo.

L'istituto prescrizione del reato poggia sulla condivisa valutazione che per la giustizia penale può essere una scelta saggia, a date condizioni, *tempori cedere*⁵: la rinuncia ad applicare la conseguenza del reato (la sanzione penale) che in un tempo ragionevole sarebbe stata legalmente dovuta. Si attaglia alla prescrizione la metafora del *farmakon* – medicina o veleno - entrata in uso con riguardo al diritto penale in genere. Il farmaco della prescrizione, che ha ad oggetto il farmaco della pena, nei casi concreti può essere medicina o veleno (una risposta più o meno buona, più o meno cattiva) rispetto ai problemi legati allo scorrere del tempo.

3.1. Coerenza con i principi costituzionali, come recepiti dal giudice delle leggi, esige che la disciplina della prescrizione sia costruita su ragioni relative al diritto penale sostanziale.

Anche la c.d. prescrizione del processo, legata a tempi di durata delle singole fasi processuali⁶, avrebbe come effetto voluto la preclusione definitiva di un nuovo

⁴ Viene in rilievo innanzi il principio di legalità (art. 25 Cost.) in tutti i suoi aspetti: riserva di legge, determinatezza, irretroattività *in malam partem*: la Corte costituzionale lo ha chiaramente affermato nel dialogo con la Corte di giustizia dell'Unione europea nella vicenda Taricco (ord. n. 24/2017 e sentenza n. 115/2018) e riaffermato nella sentenza n. 278/2020.

Sono pertinenti al problema prescrizione i principi costituzionali (artt. 3 e 27) che la nostra civiltà giuridica riconosce come principi guida con riguardo a tutti gli istituti di cui si compone il sistema delle risposte al reato: i principi sulle funzioni della pena e il principio d'eguaglianza nei suoi diversi significati. Nella giurisprudenza costituzionale (da ultimo la citata sentenza n. 278/2020) è un riconoscimento significativo: rispecchia l'appartenenza della prescrizione, a pieno titolo, al campo dei problemi di conformazione delle possibili risposte a commessi reati.

La determinazione dei tempi di prescrizione «*appartiene alla discrezionalità del legislatore censurabile solo in caso di manifesta irragionevolezza o sproporzione rispetto alla gravità del reato*»: si tratta di un bilanciamento tra valori di rango costituzionale: sono in gioco interessi sia dell'imputato, sia della comunità. Problemi specifici di raffronto fra i tempi di prescrizione previsti per taluni reati, sollevati con riguardo al principio d'eguaglianza, sono stati decisi dalla Corte costituzionale con sentenze sia di accoglimento (n. 143/2014) sia di rigetto (n. 265/2017).

⁵ F. Giunta-D. Micheletti, *Tempori cedere*, Torino 2003.

⁶ È una strada riproposta più volte, a partire dal ddl n. 260, presentato al Senato il 20.6.2001 dal sen. Fassone ed altri, e ddl n. 1302, presentato alla Camera dei deputati l'11.7.2001 dall'on. Kessler e altri. La stessa linea è stata ripresa in un disegno di legge del novembre 2009 sulla prescrizione del processo penale, etichettata nel

giudizio per la medesima imputazione nei confronti della medesima persona. Ciò in concreto significa *non punibilità* dell'imputato che fosse autore dell'eventuale reato oggetto d'imputazione nel processo dichiarato estinto. La formula 'prescrizione del processo' copre un *effetto sostanziale* corrispondente a quello della prescrizione del reato.

Dietro le etichette, il problema è il criterio di determinazione dei tempi di prescrizione: lo pensiamo legato ai tempi del processo (alla sua ragionevole durata) o a ragioni relative al diritto penale sostanziale? Il principio di ragionevole durata del processo, iscritto nell'art. 111 Cost. novellato nel 1999, *non* è il fondamento storico di un istituto risalente nel tempo, né una ridefinizione del suo statuto costituzionale. Collegare la prescrizione del reato a un principio relativo al processo capovolge il rapporto fra processo penale e diritto penale sostanziale, fra strumento e fine.

Diverrebbero possibili, in astratto, effetti sconvolgenti, come l'improcedibilità anche per i massimi delitti, per i quali non è oggi prevista la prescrizione. Ciò potrebbe essere di stimolo a un serio funzionamento del processo; ma comporta un rischio inaccettabile in via di principio.

I tempi del processo, nella vigente disciplina della prescrizione, vengono in rilievo in istituti – interruzione e sospensione della prescrizione – che comportano di fatto un prolungamento del tempo necessario a prescrivere, al di là del tempo base collegato alla gravità del tipo di reato. Al normale svolgimento del processo ha riguardo la disciplina degli atti interruttivi, dai quali riparte il tempo necessario a prescrivere. Hanno pure riguardo al normale articolarsi del processo in più gradi le disposizioni introdotte dalla riforma Orlando del 2017 (art. 159 comma 3) come nuove ipotesi di sospensione della prescrizione, per tempi determinati, dopo le sentenze di primo e di secondo grado. Di fatto, si tratta di prolungamenti del tempo necessario a prescrivere, sottoposti a una disciplina diversa da quella collegata ai tempi di base di cui all'art. 157. Su questa disciplina si è poi innestato il blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, di cui alla novella del 2019. L'ipotesi A della Commissione Lattanzi è una rimodulazione di questa linea, volta a rendere non incondizionato (non definitivo) il blocco.

3.2. La prospettazione di due ipotesi alternative, da parte della Commissione Lattanzi, rispecchia le difficoltà di scelta nel presente contesto politico. Sono ipotesi problematiche per gli stessi proponenti, un elemento d'incertezza dentro il

linguaggio mediatico come processo breve. Riemerge nella discussione più recente: O. Mazza, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale*, in *Sistema penale online*, 21 gennaio 2020; A. De Caro, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo*, in *ArchPen*, 2020, 1 e ss.

complessivo disegno riformatore. Segnalano un bisogno di realismo politico, di fronte a ragioni, esigenze e linee politiche non facilmente componibili.

Ho esposto più volte la mia visione del problema prescrizione, delle ragioni che giustificano tale istituto come elemento di un sistema penale ragionevole, delle possibili linee di riforma⁷. Qui mi limito a una valutazione comparativa delle due ipotesi. Netta contrarietà all'ipotesi B (prescrizione del processo) per le ragioni che ho sopra sintetizzato nel §. 3.1. Accettabilità (senza entusiasmo) dell'ipotesi A, quale superamento del blocco.

Leggo l'ipotesi A come ricerca di un compromesso con i sostenitori della riforma del 2019. È l'offerta di un *modus discessus*: non una completa retromarcia, ma una rettifica di un percorso comunque finalizzato a ridurre al minimo l'incidenza della prescrizione in fasi avanzate dal processo. I ripensamenti dell'approccio 'giustizialista', espressi in pubbliche dichiarazioni da protagonisti della vita politica di questo periodo, lasciano sperare che altri ripensamenti possano seguire.

In materia di prescrizione, pur in presenza di concezioni e valutazioni anche molto diverse, potrebbe trovarsi un ragionevole consenso sulla presa d'atto degli effetti pratici del blocco, cioè della trasformazione del prescrivibile in imprescrivibile: tenere aperti a tempo indeterminato fascicoli relativi anche a reati bagatellari, che hanno perso qualsiasi interesse. Un approccio realistico guarda ai problemi di funzionalità, anche come condizione necessaria per arrivare ad esiti di giustizia penale. è questo il senso complessivo dell'insieme delle proposte oggi in discussione.

4. Le proposte della Commissione Lattanzi, al di là dei temi toccati e delle soluzioni proposte, sollecitano una rinnovata riflessione su linee importanti dei modelli legali e istituzionali che definiamo (con ben intenzionata coloritura ideologica) giustizia penale. Sono un punto di partenza di un possibile percorso riforme di sistema, in forma di legislazione delegata; un punto di riferimento per i contributi che la cultura giuridica può dare.

Partecipare al confronto su proposte d'ampio respiro, come quella della Commissione Lattanzi, è per noi giuristi interessati al problema penale un'occasione da non perdere: una libera (ma doverosa) assunzione di responsabilità, in una situazione complessa e in movimento. Responsabilità di giudizi motivati, anche di eventuali critiche su punti specifici. E responsabilità di giudizi d'insieme, a sostegno di una possibile ed auspicabile svolta.

⁷ Interventi più recenti: D. Pulitanò, *Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica*, in *Sistema penale online*, 12 marzo 2021; *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, ivi, 24 febbraio 2020.