

## DIRITTO PENALE E VALORI SOCIALI

di *Gustavo Benedetti*

Tre e quattro volte felice lo Stato,  
nel quale il culto religioso delle leggi,  
considerate quasi un nume ignoto,  
tenga a freno i cittadini!

GIAMBATTISTA VICO

L'interrogativo, che qui vogliamo porre, è se la legislazione penale cosiddetta "promozionale", che da trent'anni almeno a questa parte, ha rappresentato uno dei punti cruciali della politica criminale in Italia, e nell'intento di rieducare il condannato ha determinato la progressiva disintegrazione del nostro sistema sanzionatorio, abbia sortito, da un punto di vista generale (a prescindere dalle conseguenze sui rei, che sono solo un limitato aspetto del problema) effetti morali positivi o negativi: se, in altre parole, essa abbia effettivamente contribuito a far valere il diritto e a diffondere nella società la giustizia e l'umanitarismo, o non abbia invece, tutto al contrario, incautamente contribuito a quel "crepuscolo" della legalità, che è l'*humus* in cui attecchisce e cresce l'oscura pianta del crimine.

Basti accennare ad alcune tappe del processo che ha portato il nostro sistema penale all'odierna situazione di collasso.

Un momento significativo è segnato dalla *novella del 1974* che amplia *ex lege* i poteri della discrezionalità del giudice, al quale si chiede in concreto di mitigare l'asprezza delle pene minacciate dal legislatore (una direzione in cui si erano già mossi ripetuti interventi della Corte costituzionale). Nel 1975 vengono introdotte *misure alternative alla detenzione*, che aspirano a soppiantare fin dall'inizio la pena detentiva assumendo un ruolo propriamente sostitutivo di quest'ultima. E tale tendenza viene assecondata dalla successiva evoluzione con l'introduzione di un arsenale di *pene sostitutive* (semidetenzione, libertà vigilata, pene pecuniarie sostitutive, detenzione domiciliare). Pressanti ragioni contingenti spingono il legislatore (e talora la Corte costituzionale) ad incrementare in generale il ruolo delle misure alternative, e in particolare del loro modello principe, l'*affidamento in prova al servizio sociale*, senza porsi però né problemi di coordinamento tra una congerie sempre più affollata di istituti sanzionatori né preoccupazioni circa l'effettività dei controlli e degli interventi di

sostegno postulati dalle sanzioni non detentive. Il risultato di questo processo evolutivo è che oggi il tribunale di sorveglianza, già prima dell'inizio dell'esecuzione della pena detentiva, e in luogo di questa, può disporre l'affidamento in prova del condannato al servizio sociale se la pena non supera i tre anni (quattro, se si tratta di un tossicodipendente che abbia in corso o intenda sottoporsi a un programma di recupero) (art. 47, commi 1 e 3, Ordinamento penitenziario e art. 94 comma 1 del Testo Unico sugli stupefacenti); mancando in concreto le condizioni per l'affidamento, il tribunale può commutare la pena detentiva in semilibertà (art. 50 comma 2, parte II, Ordin. penit.); ancora: se la pena da scontare non supera i due anni, il tribunale di sorveglianza può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare (art. 47-ter, comma 1-bis, Ordin. penit.). Si tratta di istituti inquadrati nominalmente tra le sanzioni penali, ma sostanzialmente privi di contenuti sanzionatori, che si propongono come normale risposta per reati che possono avere una *rilevantissima gravità*: tre anni di reclusione rappresentano infatti il minimo edittale per delitti come la rapina o la bancarotta fraudolenta, a tacere del gioco delle circostanze e di altri meccanismi che possono ricondurre a tre anni la pena concreta per reati ancora più gravi. Se questa è la situazione dal punto di vista del diritto penale sostanziale, sul versante processuale è almeno dubbio che si possa ancora parlare di punizione, di fronte all'introduzione dei c.d. *riti speciali*, che riducono il trattamento sanzionatorio a un'entità poco più che simbolica. Nel *patteggiamento*, il premio consiste innanzitutto in una rilevante *riduzione della pena principale* (la pena può essere diminuita fino ad un terzo: art. 444 1° comma c.p.p.). Ma se questa è la componente più evidente del premio, non meno importante è una serie di altri aspetti: il patteggiamento garantisce, nella sostanza, la sospensione condizionale della pena (art. 444 comma 3 c.p.p.); esclude l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza (ad eccezione della confisca) (art. 445 comma 1 c.p.p.); risparmia all'imputato ogni forma di pubblicità: non lascia traccia nel certificato del casellario giudiziale richiesto dall'interessato (art. 683 comma 2 c.p.p.); a seguito dell'estinzione della punibilità, che si produce dopo cinque anni per i delitti e due anni per le contravvenzioni, il patteggiamento comporta il venir meno di ogni effetto penale: a questo punto, la sentenza di patteggiamento non

rileva più, tra l'altro, ai fini della recidiva, della dichiarazione di abitudine del reato e, qualora sia stata applicata una pena pecuniaria o una pena sostitutiva, non rileva nemmeno ai fini della concessione di una nuova sospensione condizionale (art. 445 comma 2 c.p.p.); infine, il patteggiamento libera l'imputato dalla scomoda presenza della parte civile (art. 444 comma 2 c.p.p.), che non può far sentire la sua voce nella trattativa tra accusa e difesa(!). In definitiva, il rito speciale di cui all'art. 444 c.p.p. sostanzialmente nullifica la risposta sanzionatoria dello Stato: un effetto che può riguardare, ancora una volta, reati molto gravi, dalla rapina alla concussione (e l'esperienza dimostra che non si tratta di una possibilità solo teorica)<sup>1</sup>. L'effettivo svuotamento della risposta punitiva dello Stato è confermato dal dato sui valori percentuali delle sentenze eseguite rispetto a quelle pronunciate, che mostra una forbice di ampiezza altrove difficile da immaginare. E' stato rilevato che, secondo le statistiche dal 1993 al 1997 - e quindi ancor prima dell'ulteriore tasso di "ineffettività" della pena provocato dalla legge 165/1998 (c.d. legge Simeone) che ha sancito la sospensione *ex officio* delle pene detentive fino a tre anni - quasi l'80% delle pene irrogate non ha comportato effettiva carcerazione. Se ciò è vero, la coerenza tra la sanzione "proclamata" in sentenza e la sanzione eseguita, riguarda un quinto delle pronunce. Se si considera che nel nostro Paese i delitti di autore ignoto sono circa il 90% di quelli denunciati, si ha che soltanto il 2% degli autori di uno o più delitti sconta la pena detentiva<sup>2</sup>. Senza considerare, poi, i reati *prescritti* a causa della lentezza dei processi, lentezza che sancisce "il trionfo dell'oblio" e si traduce nel "perdono del tempo". In Italia il numero dei reati prescritti raddoppia ogni anno. Siamo passati dai 17 mila del 1990 agli oltre 137 mila del 1998. A beneficiare della prescrizione sono stati, nel solo 1998, più di 149 mila imputati<sup>3</sup>.

Ci chiediamo, giunti a questo punto, quali effetti le suddette modifiche legislative possono aver avuto sull'evoluzione della criminalità, cioè se questa "fuga" dalla sanzione, che ormai caratterizza il sistema penale italiano, "impegnato - come è stato giustamente detto - soprattutto a pestar acqua nel mortaio"<sup>4</sup>, abbia contribuito a formare e incanalare gli atteggiamenti ed i comportamenti delle persone in accordo con i bisogni della società, o non abbia, invece, determinato nella coscienza collettiva un

diffuso senso di indifferenza per il diritto e di disprezzo della legge, che ha agito, in ultima analisi, da moltiplicatore di attività criminosa.

Diceva il pedagogista russo Makarenko che "la mancanza di punizioni crea dei mascalzoni"<sup>5</sup>. In realtà, la complicata situazione psicologica che porta all'astensione generale dalle azioni criminose è indubbiamente condizionata dall'esistenza del diritto penale e della sua applicazione regolare per mezzo degli organi dello Stato. Con questo non si intende asserire che il timore delle sanzioni sia l'unico motivo per il comportamento conforme alle leggi. Può essere vero che il motivo immediato per cui gli atti criminali vengono generalmente evitati non è la paura della punizione, ma sono le convinzioni morali (idee su ciò che è giusto o sbagliato). Ma che succede se la minaccia della punizione viene rimossa, per es. perché la polizia viene messa fuori uso per un certo periodo?

Ne segue inevitabilmente un forte aumento della criminalità, e in tempi brevi, nonostante che la società stia vivendo del suo "capitale morale" e anche se gli altri attori sociali fanno in parte le veci della polizia<sup>6</sup>. Che cosa significa ciò? Significa che le abitudini e le idee degli uomini su ciò che è giusto o sbagliato, come ammoniva il grande giurista svedese Vilhelm Lundstedt<sup>7</sup>, sono largamente influenzate dal fatto che certi atti vengono regolarmente sanzionati. È l'esistenza del diritto penale e di una lunga catena di sanzioni, che ormai dura da centinaia di anni, che ha esercitato una grandissima influenza sui livelli più profondi della personalità umana, inducendo gli uomini a rispettare la proprietà e l'integrità personale degli altri e plasmando la loro coscienza morale. La singola punizione non potrebbe esercitare alcun effetto preventivo se non ci fosse la certezza che essa verrà ripetuta in tutti i casi simili. Su questo punto Lundstedt assume la stessa posizione del nostro Beccaria, il quale diceva che "la certezza di un castigo, benché moderata, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito alla speranza dell'impunità"<sup>8</sup>. Affermazione la cui fondatezza è suffragata, se pur ce ne fosse bisogno, da studi di laboratorio sulla punizione, i quali hanno messo in evidenza il valore "esemplare" della pena: in altre parole, quando si punisce il membro di una comunità per essersi comportato in determinato modo in una situazione concreta, è meno probabile che gli altri membri imitino

il suo comportamento se quest'ultimo non è seguito da un'assenza di conseguenze punitive o dall'ottenimento di qualche beneficio da parte del soggetto<sup>9</sup>. Fenomeno messo in evidenza anche da studi criminologici<sup>10</sup> e sociologici<sup>11</sup>, i quali hanno rilevato che l'effetto preventivo delle pene, anche severe e pregiudizievoli, è praticamente molto scarso quando esse non vanno regolarmente ad effetto. Non è tanto la gravità e la severità delle pene previste dalla legge ad influenzare la gravità e la persistenza dei e nei reati, quanto la *probabilità percepita di essere arrestati e puniti* quando si commette un reato.

Qui sta il vero fondamento del diritto di punire: esso trova giustificazione in quanto anello di una lunga catena di punizioni necessaria per ottenere il rispetto delle regole fondamentali di comportamento, senza le quali la vita sociale diventerebbe impossibile. Se si smarrisce il significato sociale della pena, e la pena è percepita solo come retribuzione, allora essa diventa priva di senso e perciò stesso indegna. Infatti la retribuzione presuppone che la pena possa essere graduata secondo il grado di colpevolezza. Ma è sempre possibile dubitare del grado di colpevolezza della persona accusata, e dunque la pena non può stare in rapporto con essa: se tutte le circostanze del reato fossero effettivamente prese in considerazione, è chiaro che anche la pena finirebbe col dissolversi. Di più: se si ritiene che le azioni umane siano soggette a determinismo, che ogni azione umana è determinata causalmente e che l'idea del libero arbitrio è una illusione, il concetto di colpevolezza deve essere abbandonato, e la punizione come retribuzione del male commesso dal criminale non ha più alcun senso. L'azione delittuosa è necessariamente il risultato di fattori ereditari e sociali, e dunque non è possibile imputarla al reo: come giustificare la punizione? Se si presuppone che la pena per sua natura è retribuzione, e che la sua unica causa di giustificazione consiste nella colpevolezza del reo, assieme all'idea di colpevolezza viene meno la giustificazione della pena. Di fatto, dopo che le concezioni eziologiche hanno messo in discussione il concetto di colpevolezza, molti autori, dimenticandosi del ruolo preventivo del diritto penale, hanno concluso che in realtà la punizione non può essere giustificata in alcun modo, e quindi hanno proposto che le sanzioni vengano abolite definitivamente e sostituite con misure tendenti a rieducare e riabilitare il criminale

(tranne in pochi casi in cui la sua segregazione permanente si renda necessaria per evitare che commetta altri crimini).

I risultati di questa evoluzione della legislazione, frutto di una catena di fraintendimenti circa la natura e la giustificazione della pena, non sono stati certo incoraggianti. Si può dire con certezza che non si percepiscono segnali di un effetto positivo sulla criminalità. Tutto al contrario, in molti paesi, compresa l'Italia, stiamo assistendo ad una vera e propria impennata dei comportamenti criminosi. Spesso si tende a negare una qualsiasi influenza della nuova legislazione. Si indicano piuttosto altre cause, come ad es. i fenomeni di urbanizzazione, il numero più elevato degli oggetti suscettibili di furto, i dissesti della vita familiare confermati da numerosi divorzi, e così via<sup>12</sup>. È bensì ragionevole supporre che l'aumento della criminalità sia legato a cause di natura sociostrutturale indipendenti dalla legislazione, alle quali bisogna risalire per far luce su una crescita così rapida e massiccia del crimine a livello internazionale. Nella società industriale, con il suo sempre crescente tenore di vita, gli appetiti sono aumentati e le occasioni di perpetrare crimini si sono moltiplicate. E tuttavia, bisognerebbe chiedersi se in ciò non abbia avuto un ruolo importante anche il rifiuto del concetto di pena, che, avendo fatto perdere alle categorie di "crimine" e di "delinquenza" gran parte della loro forza morale, ha certamente contribuito al depotenziamento dell'autocontrollo personale. È difficile pensare che tra le cause che hanno determinato un aumento della criminalità non debba essere preso in seria considerazione soprattutto il fatto di aver chiuso gli occhi sulla funzione sostanzialmente *educativa*. (l'unica davvero significativa) del diritto penale, quale strumento in grado di influenzare sentimenti e comportamenti dei membri della collettività e di formare e stabilizzare una morale collettiva.

Queste considerazioni valgono anche per ciò che concerne il nostro diritto penale minorile (D.P.R. 488/1988 e successive modificazioni), dove è in atto una totale sostituzione delle pene con misure di tipo educativo o riabilitativo, senza considerare i pericoli che possono derivare dall'andare troppo oltre in tale direzione.

In nome di una pretesa giustizia "terapeutica", questa normativa ha voluto sollevare particolari categorie di imputati (in

primo luogo gli infradiciottenni) dalla responsabilità dei loro atti, finendo per avvalorare in questi adolescenti gli atteggiamenti più immaturi e per azzerare in loro il già ridotto spazio per maturare attitudini riparative<sup>13</sup>. Il ragazzo che viene rappresentato a se stesso come incapace di volere e trattato come se non fosse responsabile del suo stesso agire, non crederà di poter "scegliere" egli stesso di cambiare, e tenderà a permanere indefinitamente nell'infanzia. Proprio la psicologia torna oggi a mettere in guardia contro i pericoli di un "protezionismo psicologico" invadente e pervasivo e a ribadire che non vi è nulla di più contrario a un qualsiasi progetto di emancipazione personale che sollevare un soggetto dalle proprie responsabilità<sup>14</sup>. Si leva ormai da ogni parte la protesta contro un "perdonismo inopportuno e per niente propedeutico al recupero dei soggetti"<sup>15</sup>, e non senza ragione si vanno facendo sempre più insistenti le sollecitazioni al legislatore penale minorile perché recuperi le ragioni e il valore della giurisdizione, nella consapevolezza che, specie nei confronti di un adolescente, "non vi può essere educazione senza giustizia"<sup>16</sup>. Di fatto, la scommessa della rieducazione, che era l'obiettivo di fondo della riforma, non è riuscita: per negarlo, bisognerebbe, come è stato detto, "chiudere gli occhi sulla altissima recidività minorile, sul reclutamento della manovalanza mafiosa tra i minori, sul triste destino di molti di loro destinati a trasformarsi in efferati associati di consorterie criminali"<sup>17</sup>. Le illusioni, che pur avevano pervaso la cultura penale minorile a ridosso dell'entrata in vigore del codice del 1988, fino ad arrivare al punto di profetizzare prossima la scomparsa di carcere e criminalità minorili<sup>18</sup>, hanno trovato smentita nei fatti<sup>19</sup>. Dopo l'entrata in vigore del DPR 488/88, il numero dei reati commessi in Italia da minori è vistosamente aumentato. I minorenni denunciati nel 1989 furono in totale 29.144, nel 1990 salgono a 41.977 unità; nel 1991 si registra un ulteriore balzo in avanti: 44.977. In percentuale, dal 1989 al 1993 i minori denunciati aumentano del 67,40%. Tale aumento ha avuto il suo picco più evidente nel 1990, attestandosi poi negli anni successivi su valori che comunque oltrepassano le 9.000 unità. Ma non basta. Si assiste anche a un cambiamento della "qualità" della criminalità minorile, nel senso di una crescente gravità dei reati loro attribuiti: omicidi volontari, lesioni, violenza carnale, ecc. Per quanto riguarda

quest'ultimo reato, si registra nel periodo suddetto un incremento generale del 98,20%, che aumenta fino al 136,84% se le denunce riguardano gli infraquattordicenni<sup>20</sup>. Anche qui è difficile supporre che la scelta legislativa del 1988 non abbia influito su questi comportamenti<sup>21</sup>. Invero, è difficile credere che lo spettacolo della frequente non risposta alle condotte antilegali, offerto dalla giustizia terapeutica anche nei casi più gravi<sup>22</sup>, non abbia finito per incrinare nei più giovani la già labile percezione della legge, sostenendo o accelerando percorsi delinquenziali. Il maggior timore è che questa normativa possa contribuire ad attenuare nei più giovani, per proiezione simbolica, il significato e il valore stesso della vita umana<sup>23</sup>, alimentando il grande e funesto errore di credere che non vi siano né bene né male, né virtù né vizio, e che tutto sia, come direbbe Voltaire, "mostruosamente uguale" – come purtroppo tanti fatti di cronaca giudiziaria, apparentemente inspiegabili, spesso sconvolgenti, che sempre più frequentemente vengono a rattristare ed umiliare la nostra coscienza, stanno lì a dimostrare.

È auspicabile che la comprensione dell'essenziale funzione educativa del diritto penale non si oscuri del tutto. Potrebbero derivarne conseguenze intollerabili per la nostra stessa esistenza.

#### NOTE

<sup>1</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA. VV. *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano 2002, pp. 32-44. Il volume raccoglie gli Atti del Convegno di Castrano – Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e difesa sociale, che ha visto la partecipazione di eminenti studiosi ed uomini politici, pienamente concordi nel sottolineare l'urgente necessità di "restituire efficacia al sistema sanzionatorio".

<sup>2</sup> Cfr. G. TAMBURINO, *Misure alternative e pene sostitutive. Le prassi*, in AA. VV., *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 48.

<sup>3</sup> Lo ha ricordato l'on. Violante al Convegno di Castrano - Gallipoli sopra citato (p. 25 degli Atti).

<sup>4</sup> T. PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA. VV., *Il sistema sanzionatorio*, op. cit., p. 75.

<sup>5</sup> Accademia delle Scienze pedagogiche di Mosca, *Storia della pedagogia prima e dopo Marx*, tr.it., Roma 1960, pp. 390-396.

<sup>6</sup> Una ricerca interessante su questo argomento è TROLLE, *Sette mesi senza polizia* (in danese, 1945).

<sup>7</sup> Lundstedt ha esposto le sue idee sul diritto penale nell'opera *Die unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlin 1932-36, II, §§ 1-5. Vedi in proposito K. OLIVECRONA, *La realtà del diritto* (antologia di scritti a cura di S. Castignone, C. Faralli e M. Ripoli), Torino 2000, spec. pp. 99-127 e 463-77.

<sup>8</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1964, p. 74.

<sup>9</sup> Cfr. A. BANDURA, *Influence of Models Reinforcement Contingencies on the Acquisition of Imitative Responses*, in "Journal of Personality and Social Psychology", 1/1965, pp. 489-595; ID., *Vicarious Processes: A Case of No-Trial Learning*, in *Advances in Experimental Social Psychology*, New York 1965, vol. II, pp. 1-55.

<sup>10</sup> Pensiamo alle ricerche di COOK sulla deterrenza delle pene e degli interventi nella giustizia penale.

<sup>11</sup> Si veda, in proposito, l'interessante lavoro relativo alla guida in stato di ubriachezza del giurista-sociologo svedese H. KLETTE, *Några resultat från tre rättfylleriundersökningar jämförda med trafiknykterhetskommittens lagförslag* (Primi risultati di tre inchieste ispirate dalla nuova legge della Commissione per la repressione delle infrazioni sul traffico), "Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab", 1964, pp. 119-135.

<sup>12</sup> D. GARLAND, *La cultura del controllo*, tr. it., Milano 2004, pp. 157 e ss.

<sup>13</sup> Sul punto, v. l'impetosa denuncia di E. ROLI, *Dal reato alla personalità. Il modello diagnostico nella giustizia minorile*, Milano 1996.

<sup>14</sup> Emblematico, a questo riguardo, il libro di H. GIESECKE, *La fine dell'educazione*, tr. it., Roma 1990.

<sup>15</sup> A. MARZIALE, "Il Giornale" del 16 maggio 2001.

<sup>16</sup> G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P. R. 488/1988*, Milano 2001, p. IV.

<sup>17</sup> S. DI NUOVO - G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano 1999, p. 79.

<sup>18</sup> Così G. DE LEO, *Tramonto o eclisse della delinquenza minorile?*, "Rassegna di criminologia", I, 1983.

<sup>19</sup> Lo stesso DE LEO (*Tendenze emergenti della delinquenza minorile in Italia*, "Esperienze di giustizia minorile", 1992, IV, pp. 56-70), riferendosi al suo scritto del 1983, riconosce d'essere stato portato egli stesso a rosee previsioni, che il decennio successivo ha purtroppo smentito.

<sup>20</sup> Sono dati forniti da DE LEO, *La devianza minorile*, Roma 1998, pp. 205-222.

<sup>21</sup> Che si tratti di qualcosa di più di un assunto opinabile, lo dimostra il fatto che gli stessi minori sottoposti a processo penale hanno riconosciuto che le misure clemenziali possono essere vissute dai ragazzi come una autorizzazione a commettere altri reati (G. DE LEO - P. PASTORE, *Cosa ne pensano i minori del processo penale: una indagine esplorativa*, "Rassegna italiana di criminologia", 4/1990, pp. 379-396. Giustamente osservano questi autori che dal significato che la norma penale acquista per i diretti interessati non si deve prescindere se non si vuole che essa risulti sganciata dalla realtà e, quindi, mistificante e inefficace).

<sup>22</sup> Ci riferiamo all'art. 28, che prevede l'estinzione del reato di omicidio commesso da minore se questi abbia superato la "messa alla prova", così azzerando per legge l'assassinio.

<sup>23</sup> DE LEO, *L'estinzione del reato nella messa alla prova per omicidio*, "Minori Giustizia", 1/1996, p. 54. Proprio dalla ricerca e dalla conoscenza criminologica e non (come vorrebbe D. Garland, *op. cit.*) da una pretesa "politicizzazione" del diritto penale intrisa di ideologia neoliberista, proviene oggi l'invito a rivedere la vecchia ortodossia della giustizia terapeutica.