

Il nuovo diritto penale d'autore

EVA STANIG

Dottoranda di ricerca in Scienze Penalistiche
nell'Università di Trieste

1 - LA RIEMERSIONE DELLE "LOGICHE D'AUTORE" NEL DIRITTO PENALE MODERNO

Apriamo le storie e vedremo che le leggi, che pur sono o debbono esser patti di uomini liberi, non sono state per lo più che lo strumento delle passioni di alcuni pochi, o nate da una fortuita o passeggera necessità; non già dettate da un freddo esaminatore della natura umana, che in un sol punto concentrasse le azioni di una moltitudine di uomini, e le considerasse in questo punto di vista: la massima felicità divisa nel maggior numero¹.

Pur essendo trascorsi più di due secoli, questa frase, con cui Beccaria introduceva il celebre saggio "*Dei delitti e delle pene*", pare di cogente attualità. Non si può non notare, infatti, come molte delle recenti novelle legislative siano il frutto dell'emergenza, della necessità di controllare il crescente senso di insicurezza diffuso nella società, per il vero, spesso amplificato dai *mass media*.

Quando l'autore di un qualunque, per quanto grave, tipo di reato diventa improvvisamente un bersaglio della stampa o dell'opinione pubblica per ragioni contingenti, che non dipendono dalle sue anomalie tipologiche di autore, ma da un'estemporanea recrudescenza punitiva verso un certo tipo di fatti, in quell'istante il diritto penale è strumentalizzato in funzione della lotta contro un nemico, per esprimere la riaffermazione dei valori offesi e la lotta contro chi li aggredisce: per colpire i fatti si etichettano come nemici i loro autori, strumentalizzando

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, a cura di A. BURGIO, Milano, 2006.

la loro persona². Il nemico non è individuato specificatamente come autore pericoloso, perché è soprattutto il tipo di fatto a venire strumentalizzato: l'autore è simbolo dall'abnormità di un comportamento e la sua punizione deve esprimere pubblicamente la restaurazione dei valori calpestati, l'ineluttabilità della pena e il messaggio morale della lotta contro essi³.

Il risultato è quello di una giustizia emotiva, periodicamente sollecitata da episodi criminali particolarmente cruenti che spingono il potere esecutivo ad intervenire con apparente tempestività ed efficienza, prospettando il più delle volte soluzioni poco meditate che svelano tutta la loro inadeguatezza, contribuendo a rendere il sistema giustizia penale sempre più incoerente.

Al proposito, invero, si parla di diritto penale del nemico o di diritto penale d'autore, formule equivalenti che evocano il fatto che ciò che è punibile non è più il reato ma il reo e, nello specifico, per "quello che è" non per "quello che fa"; ciò in contrasto con un sistema improntato sul diritto penale del fatto e della colpevolezza⁴. In tale ottica, il *leit motiv* è dato dall'appartenenza del nemico ad un gruppo indentitario, al modello penale nazista del "tipo normativo di autore" (*Tatertyp*); il presupposto della colpevolezza di autore è che l'oggetto del rimprovero consiste nell'aver informato la propria vita al crimine, nell'essere piuttosto che nel commettere, mentre il fatto tipico costituisce null'altro che il sintomo di tale personalità.

Il partecipante ad un'associazione a delinquere, il terrorista, l'immigrato e il recidivo sono gli archetipi più elementari di questa tendenza.

L'irrompere sulla scena penalistica della detta denominazione si deve allo studioso tedesco Jakobs⁵, che ha elaborato uno schema teorico di diritto della sicurezza fondato sulla contrapposizione tra l'esigenza di proteggere i cittadini onesti, in quanto titolari delle garanzie generalmente riconosciute, come la sicurezza, e quella di estromettere dal sistema di garanzie coloro che si sottraggono all'osservanza del patto sociale e, per questa ragione, devono essere trattati non come persone, ma come antagonisti da combattere, siano essi nemici veri o presunti.

I bisogni di sicurezza finiscono, quindi, per giustificare la selezione dei comportamenti criminosi, e la conseguente classificazione dei nemici.

Dal punto di vista operativo, si concepiscono appositi piani di sicurezza della società dai delinquenti per principio, fondati su congegni normativi che guardano al futuro, per neutralizzare pericoli, e non al passato, per riaffermare la vigenza della norma violata. Su questa scia si promuovono l'anticipazione della criminalizzazione a condotte lontane dalla lesione o messa in pericolo di un bene; l'imposizione di pene draconiane al di là dell'idea della proporzionalità; la

2 M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in "Cassazione Penale", 2006, p. 274.

3 Per opportuni approfondimenti, si veda *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI, M. PAPA, Milano, Giuffrè, 2007.

4 Al riguardo, L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in "Questione Giustizia", 2006, p. 797.

5 G. JAKOBS, *Terroristen als Personem im Recht?*, in "ZstW", 2005, p. 839.

riduzione, se non l'eliminazione, dei diritti dell'imputato, come la presunzione d'innocenza; la specialità dell'esecuzione, scontata in stabilimenti determinati, scollegata dalla gravità del fatto, estranea al fine della rieducazione ed estremamente afflittiva. Insomma, si fanno prevalere gli aspetti della pericolosità, della prevenzione e dello stigma rispetto alla colpevolezza e alla retribuzione, mettendosi in conto il sacrificio degli innocenti in nome della sicurezza⁶.

Il rischio poi sotteso all'assunzione della sicurezza tra i diritti fondamentali è di rompere quell'equilibrio, essenziale alla democrazia costituzionale, che ricostruisce il rapporto tra libertà e sicurezza in termini di regola-eccezione. Si evidenzia inoltre che la sicurezza, come criterio di selezione dei tipi criminosi, si rivela un po' simile al valore dell'obbedienza come tale di antica memoria: è un bene, cioè, idoneo ad abbracciare una sfera illimitata di condotte, non solo fatti violenti effettivamente violativi della sicurezza, ma qualsiasi fatto anche lontanamente prodromico a quello. Se a ciò si aggiunge che il diritto alla sicurezza viene elevato a presupposto di tutti gli altri diritti fondamentali ne risulta profondamente alterato il giudizio di bilanciamento coi diritti di libertà⁷.

2 - IN RAPPORTO ALL'IMMIGRAZIONE

Uno degli esempi più lampanti del detto diritto penale del nemico è costituito dalla normativa volta alla repressione dei flussi migratori, settore nel quale l'impiego della sanzione penale assume funzione prettamente simbolica. Si è al cospetto infatti di molteplici ipotesi di incriminazione di comportamenti puniti in funzione della percezione collettiva del rischio più che per ragioni di concreta efficacia della sanzione penale in tali contesti: al riguardo, oltre all'espressione "diritto penale del nemico"⁸, si è utilizzata quella significativa di "diritto penale della lotta", proprio per rimarcare la preponderanza in tali frangenti dei profili ideologici e personali in luogo di quelli causali di materiale offesa al ben giuridico protetto⁹.

I punti di più evidente emersione di questo impiego simbolico del diritto penale sono senz'altro rappresentati dalla circostanza aggravante della clandestinità di cui all'art. 61 n. 11 bis c.p. e dal reato di clandestinità ex art. 10 bis d.lgs. 286/98, rispettivamente introdotti dai pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009.

Ambedue le ipotesi di recente conio sono l'emblema della legislazione penale dell'emergenza e della sicurezza, volta a soddisfare le "pulsioni securitarie" e le

6 F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in "Questione Giustizia", 2006, p. 677; F. LOSCHI, *Fisionomia costituzionale della disciplina penale dell'immigrazione: l'inaspettato dictum della Consulta*, in "Nel Diritto", 2010, p. 1475.

7 F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 666.

8 M. DONINI, *op. cit.*, p. 735.

9 A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 24.

sensazioni di insicurezza diffuse in vasti settori dell'opinione pubblica, in adesione ad una logica per cui l'immigrazione irregolare viene concepita *ex se* come "male da estirpare e criminalizzare"¹⁰. Una forte motivazione in tal senso è stata individuata nella maggiore pericolosità dei clandestini in base ai dati statistici, ma la reale giustificazione poggia sulla concezione dello straniero come il nemico per antonomasia: lo è perché incarna il diverso da sé, perché è portatore di istanze culturali e comportamentali sovente dissonanti con quelle tradizionali, perché raffigura la minaccia di una società globalizzata¹¹.

Tale scelta incriminatrice ha incontrato non solo le critiche della dottrina, ma si è posta in diretto contrasto con quanto affermato dalla Corte Costituzionale in merito al reato *ex art. 14, comma 5 ter T.U. immigrazione*, ossia che il controllo dei flussi migratori rappresenta "un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti"¹².

Venendo più propriamente all'ipotesi circostanziale, essa ha dato luogo ad una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità connessa alla mera appartenenza ad un determinato tipo di autore, o meglio, allo *status* di clandestino, determinando un aggravamento della risposta sanzionatoria anche nei casi in cui non sussista alcun nesso tra lo stato di illegale permanenza sul territorio e la commissione del fatto di reato¹³. Sul punto si osservi come l'art. 133 c.p. già consentisse al giudice di tener conto della clandestinità ai fini dell'individuazione della capacità a delinquere del reo e quindi della commisurazione della pena: l'introduzione di una specifica aggravante ha reso, al contrario, univoco l'esito di tale valutazione, estrapolando tra gli aspetti della vita del reo una particolare condizione personale, quale la clandestinità, che di per sé non è sintomo di maggiore offensività.

Sin dalle prime applicazioni, la giurisprudenza ha confermato le perplessità avanzate dalla dottrina maggioritaria¹⁴, sollevando questione di illegittimità costituzionale sotto diversi aspetti¹⁵.

10 P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale*, in "Diritto Penale e Processo", Speciale immigrazione, 2009, p. 5.

11 A. DEL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti da una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999.

12 Corte Cost., 22 gennaio 2007, n. 22, in "Foro Italiano", I, 2007, c. 402.

13 G. L. GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza*, in "Diritto Penale e Processo", 2009, p. 1323.

14 Minoritaria l'opinione positiva espressa da G. AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in "Guida al Diritto", n. 32, 2008, p. 88, secondo cui in realtà, l'ipotesi aggravata non poggia su alcuna automatica rilevanza attribuita allo *status* di irregolare, bensì su una condotta materiale (la commissione di un reato) da parte di un soggetto, che viene qualificata negativamente in quanto commessa da soggetto appunto irregolarmente presente in Italia. Detto altrimenti, si sanziona pur sempre una condotta, e non un semplice *status*.

15 In particolare tre sono state le ordinanze di rimessione: Tribunale di Ferrara, ordinanza 15 luglio 2008, n. 308, in: "Corriere del Merito", 2008, p. 1283; Tribunale di Livorno 9 luglio 2008, n.

In primo luogo, si è censurata la violazione dell'art. 3 Cost. per aver il legislatore operato un'irragionevole e ingiustificata disparità di trattamento penale per effetto della quale, in dipendenza della condizione di clandestino in cui versa l'autore, fatti oggettivamente analoghi sono sottoposti a pene sensibilmente diverse e fatti diversi sono sottoposti alla medesima pena: nel dettaglio, non solo non si è distinto tra immigrato irregolare a seguito di scadenza di regolare permesso di soggiorno e clandestino *tout court*, ma soprattutto si è introdotta una presunzione assoluta di pericolosità connessa alla condizione di clandestinità che trova applicazione anche quando l'interessato non abbia tenuto, in epoca anteriore al reato, condotte atte a denotare una particolare inclinazione a delinquere.

Si è inoltre osservato come l'aggravamento sanzionatorio in funzione di un mero *status* personale si ponga in contrasto con i principi di materialità e necessaria offensività dell'illecito penale *ex art. 25 Cost.*, nonché con quello di personalità della responsabilità penale sancito all'art. 27 Cost.: l'aumento di pena è apparso connesso solo al tipo d'autore e non alla pericolosità concretamente manifestata dall'agente, svilendo per tal via la funzione rieducativa della pena, percepita non come strumento utile al reinserimento nella società ma come punizione eccedente il grado della propria responsabilità¹⁶.

Analoghe censure sono state sollevate nei confronti del reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* T.U. immigrazione, il cui unico scopo perseguito è sembrato essere l'allontanamento dello straniero irregolare dal territorio nazionale¹⁷, senza considerare il rischio concreto di paralisi dell'attività giudiziaria conseguente all'esorbitante numero di procedimenti che è prevedibile attendersi¹⁸.

411, *ivi*, p. 280; Tribunale di Latina, 1 luglio 2008, n. 324, *ivi*, p. 1175. La Corte Costituzionale con due ordinanze, 29 ottobre 2009 n. 277 e 24 febbraio 2010 n. 66, ha restituito gli atti ai rimettenti per verificare se potessero rilevare nel giudizio di fondatezza della questione le modifiche legislative nel frattempo intervenute. Ritenendo queste ininfluenti sullo stato di fatto il Tribunale di Latina ha risollevato la questione con l'ordinanza 27 aprile 2010.

16 M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in "Questione Giustizia", 2009, p. 127.

17 Tra le molte ordinanze di rimessione della questione alla Corte Cost. si segnalano quella del Tribunale di Pesaro del 31 agosto 2009, del Giudice di Pace di Orvieto del 28 settembre 2009 e del Giudice di Pace di Pordenone dell'8 ottobre 2009. In dottrina, *ex multis*, R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in "Guida al Diritto", n. 34, 2009, p. 29; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/09)*, in "Questione giustizia", 2009, p. 13; T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in "Guida al Diritto", 2009, n. 33, p. 14; M. DELLA ROCCA, "Le principali modifiche alle norme penali in materia di immigrazione", in *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, Utet, 2009, p. 13.

18 Nel *Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008*, reso in data 10 giugno 2009 e consultabile sul sito <www.csm.it>, il CSM osserva come la norma si presti ad una pluralità di osservazioni critiche che hanno come punto di partenza la constatazione dell'aggravio che la sua introduzione comporterebbe per l'attività giudiziaria in generale, in considerazione dell'imponenza del fenomeno migratorio nel nostro Paese. Svilto appare poi il fine deterrente che ne può derivare, in quanto una "contravvenzione punita con pena pecuniaria non sembra prevedibilmente efficace per chi è spinto ad emigrare da condizioni disperate o comunque difficili".

Nello specifico, si è evidenziato il contrasto della contravvenzione con i principi di materialità e offensività in quanto, pur sanzionando in apparenza le condotte dell'ingresso illegale nello Stato (c.d. *crossborder*) e quella del mancato allontanamento (c.d. *overstayer*), tradirebbe in realtà le fondamenta del c.d. diritto penale d'autore, mirante a criminalizzare una mera condizione personale del reo del quale viene *ex lege* presunta la pericolosità in luogo di una condotta criminale. Il reato deve sostanziarsi nell'offesa arrecata ad uno specifico bene giuridico e il legislatore non può per fini di mera deterrenza, introdurre sanzioni che si ricolleghino a modi di essere ovvero ad una mera disobbedienza priva di disvalore.

Sotto tale aspetto, il principio di necessaria offensività dell'illecito penale è risultato doppiamente disatteso posto che la condotta tipizzata è formulata in chiave di mera disobbedienza alle norme regolanti il controllo dei flussi migratori, senza dimostrarsi in alcun modo lesiva della sicurezza pubblica.

Ancora, la nuova previsione è apparsa in aperto contrasto con gli artt. 3 e 25, co. 2, Cost., in quanto fondata su particolari condizioni personali e non su fatti di reato, nonché con il principio di sussidiarietà della pena, ad onta del quale il ricorso alla sanzione penale deve ammettersi nel nostro ordinamento alla stregua di *extrema ratio*.

Da ultimo, si è evidenziata la lesione dell'art. 27 Cost., rintracciata nell'uso distorto della sanzione penale da parte del legislatore, impiegata per finalità di esclusiva deterrenza, con contestuale strumentalizzazione del singolo per finalità di politica criminale.

Il sollecitato intervento della Corte Costituzionale nel dibattito si è registrato ad opera di due sentenze gemelle del luglio 2010, nelle quali la Consulta si è occupata tanto dell'aggravante della clandestinità quanto del reato di ingresso illegale nel territorio dello Stato.

Con riferimento alla circostanza *ex art. 61, n. 11 bis, c.p.*, la sentenza n. 249/2010 ha optato per una radicale declaratoria di incostituzionalità fondata sulle motivazioni che seguono.

Innanzitutto, il giudice delle leggi ha ribadito come i diritti inviolabili della persona spettino ai singoli "non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani". Da ciò si è evinto che il rispetto di tali diritti non può essere causa di trattamenti diversificati o peggiorativi fondati su qualità personali del soggetto, come quella di clandestino, o che comunque derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto di reato; d'altro canto è lo stesso principio costituzionale di uguaglianza a non tollerare discriminazioni fondate su condizioni personali e sociali.

In secondo luogo, si è rilevato come neanche un'interpretazione costituzionalmente orientata permetta di avvallare la tesi per cui l'aggravante in esame debba applicarsi soltanto nei casi in cui la condotta criminosa sia stata agevolata dalla presenza illegale nello Stato: ad avviso della Consulta, l'unica *ratio* posta alla base della norma censurata è una presunzione assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare in evidente contrasto coi parametri costituzionali.

In definitiva, per la Corte Costituzionale,

[...] la qualità di immigrato diventa uno stigma che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve e distinzioni, caratterizzati da accentuato antagonismo verso la legalità [...]. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25 co. 2 Cost. che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive, pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali.

Di opposto avviso si è palesata, per converso, la Corte nella pronuncia n. 250/10 in merito al reato di cui all'art. 10 bis T.U. immigrazione, deludendo così le aspettative nutrite a seguito dei principi sanciti nella sopra descritta sentenza¹⁹.

La Consulta, rilevando come l'individuazione della fattispecie punibili e delle relative sanzioni rientri nella discrezionalità del legislatore, che è sindacabile solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli, ha dichiarato infondate le questioni concernenti i principi di materialità e offensività.

In particolare, la Corte ha osservato che oggetto dell'incriminazione *de quo* non è un modo d'essere della persona, della quale verrebbe arbitrariamente presunta la clandestinità, ma uno specifico comportamento trasgressivo delle norme vigenti in materia di controllo dei flussi migratori. Si è escluso poi che si tratti di un illecito di mera disobbedienza, la cui repressione darebbe quindi vita ad un'ipotesi di diritto penale d'autore. Il bene giuridico tutelato dalla norma sarebbe al contrario agevolmente identificabile nell'interesse statale a disciplinare i flussi migratori, profilo essenziale della sovranità dello Stato.

Il contrasto con la coeva pronuncia n. 249/10 è ancora più palese quanto all'ulteriore censura secondo cui l'incriminazione introdurrebbe una presunzione assoluta di pericolosità dell'immigrato irregolare.

Nel dichiararla infondata, la Corte ha sostenuto che la norma in esame si limita a reprimere la commissione di un fatto oggettivamente antiggiuridico e offensivo di un bene meritevole di tutela, in modo del tutto conforme al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*: infatti, l'equiparazione legislativa tra le fattispecie eterogenee dell'immigrato irregolare divenuto tale a seguito di scadenza di permesso di soggiorno e di quello clandestino *tout court* dovrà essere mitigata dal giudice in sede di commisurazione della pena in base alla diversa gravità del fatto.

Concludendo, si può affermare che la tipologia di diritto penale che emerge dai recenti pacchetti sicurezza riconosce l'inadeguatezza della pena alla rieducazione o alla risocializzazione nel settore dell'immigrazione, finendo così per obliterare alcuni valori fondamentali che contribuiscono a delineare i contorni costituzionali dell'illecito penale.

Persino l'intervento della Consulta non pare essere riuscito a fugare i perduranti profili critici nel diritto penale dell'immigrazione specie con riguardo

¹⁹ Si legga il testo integrale della sentenza, in "Nel Diritto", 2010, p. 1466.

al reato di clandestinità: se è condivisibile tanto l'esistenza del bene da tutelare, identificabile nell'interesse statale a controllare i flussi migratori, quanto l'affermazione per cui oggetto di incriminazione non è uno *status* personale ma il comportamento materiale trasgressivo di norme vigenti, non lo è la posizione assunta in ordine alla presunzione generale di pericolosità del clandestino: se nell'ambito della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p. il profilo viene ritenuto, in linea coi precedenti arresti costituzionali, incompatibile coi principi di offensività e materialità, in sede di scrutinio della contigua fattispecie penale *ex art. 10 bis* T.U. immigrazione, la Consulta sembra tornare sui suoi passi, affermando che non si è al cospetto di alcuna presunzione di pericolosità ma della mera incriminazione di un fatto oggettivamente antiggiuridico, offensivo di un interesse meritevole di tutela.

Tutto ciò conferma l'impressione di un impiego sostanzialmente ipertrofico del diritto penale, volto a sopperire al marcato senso di insicurezza rinvenuto in vari settori dell'opinione pubblica, non senza peraltro che ciò determini sull'impianto sanzionatorio complessivo "squilibri, sproporzioni e disarmonie tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa"²⁰.

Per completezza va però detto che sulla questione si è di recente pronunciata la Corte di Giustizia, la quale ha dichiarato l'incompatibilità del reato di clandestinità coi principi dell'Unione Europea; si attende la pubblicazione della motivazione alla base della predetta decisione²¹.

3 - IN RAPPORTO ALLA RECIDIVA

Con la l. 251/05 il legislatore ha radicalmente riformato la disciplina della recidiva, intervenendo profondamente sul testo dell'art. 99 c.p., peraltro in una logica diametralmente opposta a quella che aveva portato nel 1974 ad attenuare la disciplina della recidiva prevista dai codificatori²².

Innanzitutto, il fulcro della valutazione penalistica si è spostato dal fatto all'autore, con conseguente rottura dell'equilibrio che nell'ambito di un diritto penale costituzionalmente orientato dovrebbe intercorrere tra dimensione oggettiva e dimensione soggettiva dell'illecito penale. Sotto tale aspetto, evidente è l'ispirazione all'esperienza nord-americana dello "*three strikes and you are out*", della legislazione dei "tre reati (anche bagatellari) e si è fuori": in quanto recidivi

²⁰ In tali termini, Corte Cost., 22 gennaio 2007, n. 22, con nota di B. BRUNELLI, *La Corte Costituzionale vorrebbe ma non può sull'entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 2007, p. 151.

²¹ Sentenza della Corte di Giustizia del 28.04.2011 in corso di pubblicazione.

²² V. B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, Giappichelli, 2008.

reiterati si è condannati ad una pena *life* o *no-fixed*, che comporta comunque un minimo di pena detentiva da scontare particolarmente elevato.

Di più, il recente intervento non si è limitato ad un generale inasprimento dei trattamenti sanzionatori, ma ha altresì ampliato il ventaglio del così detti effetti giuridici minori della recidiva²³.

A quelli già previsti in materia di amnistia, oblazione, sospensione condizionale della pena, estinzione della stessa, perdono giudiziale, indulto, liberazione condizionale e riabilitazione, la riforma ha aggiunto gli effetti dell'istituto in esame su prescrizione, continuazione e bilanciamento delle circostanze.

Inoltre, l'applicazione della nuova recidiva ai soli delitti non colposi ha accentuato il profilo retributivo della pena, ridimensionandone, invece, la vocazione special-preventiva.

Nel cromosoma della riforma si cela la tensione ideologica tra magistratura e legislatore ed essa pare volta a risolvere l'emergenza di turno differenziando il recidivo dal reo comune in una sorta di doppio binario: uno statuto assai mite per i rei "primari", che statisticamente provengono dalla categoria dei c.d. colletti bianchi, uno statuto assai rigoroso per i recidivi, reputati alla stregua di nemici da isolare e combattere in quanto espressione di insensibilità etica all'obbligo di non violare la legge dimostrata dopo la condanna e di attitudine a commettere nuovi reati.

Fermo l'intento di comprimere l'ambito di discrezionalità dei giudici nell'applicazione dell'istituto, il legislatore ha preferito però mantenere il carattere facoltativo della recidiva. Il giudice continua, dunque, a dover accertare in concreto se la ricaduta nel reato sia effettivamente espressione di una marcata pericolosità del reo ovvero costituisca indice della sua maggiore colpevolezza, ma, una volta optato per la scelta positiva, perde il potere di regolare l'entità della commisurazione essendo l'aumento previsto in forma fissa dal legislatore. Palese è dunque la violazione del principio del *nulla poena sine culpa*, consacrato dall'art. 27 comma 1 Cost., che esige che la sanzione sia adeguata alla colpevolezza e alla rimproverabilità del reo; d'altra parte, la stessa finalità rieducativa che la pena deve assumere ai sensi dell'art. 27 co. 3 Cost. postula a sua volta, come corollario, che sia assicurata la possibilità di renderla congrua rispetto alla personalità dell'agente.

Se la regola è quella dell'applicazione facoltativa, a ciò fa eccezione il caso della recidiva obbligatoria, integrata nell'ipotesi in cui il nuovo delitto non colposo commesso dal recidivo appartenga all'elenco dei reati di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p.

La scelta di fondo rimane comunque identica: coltivare trattamenti più rigidi, in logica defensionistica, in relazione a determinate categorie di reati, selezionati in base alla loro gravità e all'allarme sociale che essi suscitano.

Dal punto di vista sostanziale, però, l'elenco *ex art.* 407 c.p.p. suscita notevoli perplessità, da un lato, perché i reati compresi non appaiono omogenei per enti-

23 L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in "Guida al Diritto", n. 1, 2006, p. 61.

tà della pena e, dall'altro, perchè casi di maggiore gravità rimangono esclusi dal regime di obbligatorietà.

Si noti anche l'assurdità a cui porta il criterio adottato dal legislatore: nell'ipotesi in cui il primo delitto commesso sia di modesta entità, appare eccessivo imporre incondizionatamente un aumento di pena esclusivamente in ragione dell'appartenenza del successivo reato al catalogo *ex art. 407 c.p.p.*; anche quando, cioè, tra i due illeciti non dovesse sussistere alcuna relazione sintomatica di una effettiva maggiore pericolosità del reo.

Più idonea sarebbe stata la scelta di un criterio basato sull'omogeneità del tipo di illecito, indice rivelatore di un'attitudine criminale in grado di giustificare il trattamento di maggiore rigore.

Stesso dicasi per l'aumento di pena relativo alla continuazione o al concorso formale che dovrebbe essere calibrato con esclusivo riguardo al profilo soggettivo e oggettivo dei reati coinvolti, mentre il novellato comma 4 art. 81 c.p. introduce in questo giudizio un elemento spurio di valutazione della personalità del reo, che potrebbe non avere in alcun modo attinenza con quella che il giudice è chiamato ad effettuare in questa fase; basti pensare, al riguardo, che i reati coinvolti nella continuazione potrebbero essere stati commessi in epoca antecedente alle condanne che hanno dato luogo al riconoscimento della recidiva reiterata.

Detta disciplina si pone poi in contrasto con la regola del *ne bis in idem* sostanziale: invero, qualora nello stesso ambito si proceda tanto al calcolo della continuazione che al riconoscimento della recidiva reiterata, quest'ultima verrebbe ad incidere due volte sul trattamento sanzionatorio, una per l'aggravamento della pena *ex art. 99 c.p.* e l'altra come criterio di limitazione dei poteri discrezionali del giudice nell'individuazione dell'aumento finale della pena per la continuazione.

Lo speciale statuto del recidivo reiterato coinvolge anche il bilanciamento delle circostanze, riducendo il potere discrezionale del giudice nella concessione delle attenuanti e nel relativo giudizio di bilanciamento, al punto di annullarlo per effetto di veri e propri automatismi che minimizzano ogni valutazione della gravità del fatto e della personalità del reo. Si registra in tal caso il prevalere di una concezione meramente retributiva della pena, o meglio specialpreventiva in senso difensivo, dove il legislatore presume che le menzionate aggravanti manifestino una personalità talmente compromessa da impedire un'irrogazione di pena al di sotto di determinate soglie. Viceversa, la *ratio* del giudizio di bilanciamento coinciderebbe con l'esigenza di apprezzare non solo la vera entità del fatto criminoso, ma anche la personalità del colpevole, onde conseguire un reale adattamento della pena al caso concreto²⁴.

Anche la novità sulle attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p. appare riconducibile alla volontà di comprimere la discrezionalità del giudice. Nel dettaglio, al recidivo reiterato per uno dei reati *ex art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.*

24 Così Cass. pen., 28 giugno 2005, consultabile in "Guida al Diritto", n. 1, 2006, p. 59.

le circostanze attuanti generiche possono essere concesse solo se non si basano sulla minore intensità del dolo o su parametri desunti dalla capacità a delinquere. Si tratta della c.d. “discrezionalità guidata in senso negativo”, che si riflette sull’obbligo di motivazione nel caso in cui il giudice opti per la concessione delle generiche nell’ipotesi contemplata dal comma 2 dell’art. 62 *bis* c.p.

Dove la disparità trattamentale della nuova recidiva si fa più accentuata è però nella fase esecutiva²⁵: a titolo esemplificativo, è esclusa la sospensione dell’esecuzione ex art. 656 c.p.p. per i recidivi ai sensi dell’art. 99, comma 4, c.p., è ridotta la possibilità di fruire i permessi premio, è preclusa la detenzione domiciliare, è irrilevante, ai fini della riconsiderazione della pericolosità, la condotta del condannato in fase esecutiva.

La recidiva guarda al reo per quello che è già diventato, vale a dire per quel delinquente incallito, reo impenitente e per ciò solo meritevole di punizione, responsabile di “quell’allarme sociale di fronte al quale si invoca da parte dei consociati una più sicura struttura sanzionatoria”²⁶ nonché reo irrecuperabile, che ha già dimostrato il fallimento del progetto rieducativo e per il quale non ha senso insistere nella rieducazione.

La cronologia dei pregiudizi conferma questa sensazione. Disagi quali il divieto di amnistia ex art. 151 c.p. o taluni tra i divieti in tema di estinzione delle pene, liberazione condizionale o riabilitazione evidenziano come meccanismi cronologicamente successivi alla condanna non abbiano alcuna rilevanza una volta acclarato lo *status* di recidivo. Ancor più evidente tale schema emerge dal comma 1 *bis*, il quale esclude dal patteggiamento allargato il recidivo quasi a dire che il rito premiale non possa essere concesso a quei soggetti ostinati negli atteggiamenti *contra ius* e così immeritevoli della ipotesi pacificatrice.

4 - IN RAPPORTO ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Uno dei settori dove è più marcata la funzione penale in vista della lotta contro un nemico è sicuramente quello della criminalità organizzata, di tipo mafioso e terrorista.

Si tratta, in specie, di un tipo di devianza e di pericolosità sociale, dove alla capacità criminale dei singoli si aggiunge lo spessore criminale delle organizzazioni di cui fanno parte.

25 A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in: “Diritto Penale e Processo”, 2006, p. 181; A. MARCHESELLI, *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in “Guida al Diritto”, n. 1, 2006, p. 79; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, *ivi*, p. 32; F. GIUNTA, *Il marchio indelebile della nuova recidiva. Commiato dal diritto penale del fatto*, in “Diritto Penale e Processo”, 2006, 191; M. PAVARINI, *La nuova disciplina della recidiva*, in <www.sestaopera.it>.

26 Il virgolettato è tratto dall’intervento dell’on. Lisi, relatore della proposta di legge n. 2055, nella seduta del 30 settembre 2003 in sede consultiva della Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati.

La legislazione penale contro la criminalità organizzata rappresenta una tipica espressione di una normativa emergenziale, come tale caotica, simbolica ed estremamente repressiva, emanata per fronteggiare la consistenza e la capillarità sul territorio assunte senza precedenti dalle organizzazioni mafiose.

L'emergenzialismo in tale campo ha generato l'uso simbolico del diritto penale per presunte esigenze di politica criminale dell'efficienza al fine immediato di appagare l'inquietudine della coscienza sociale, che ha finito per soppiantare la ricerca di soluzioni di politica sociale ben più efficienti²⁷.

Si riscontra qui un arsenale tra i più articolati e duri dell'apparato penalistico dello Stato: dalle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, alle fattispecie a tutela penale anticipata, vuoi nella forma di delitti di attentato e vuoi in quella di incriminazioni *ad hoc* di organizzazioni, associazioni e di altri tipi di condotte prodromiche, sino ai regimi speciali di carattere processuale, probatorio, premiale e penitenziario.

A prescindere dalla fase esecutiva, quello che qui va evidenziato è che la maggiore indeterminazione delle fattispecie, dovuta all'anticipazione della punibilità e alla presenza di reati associativi che allargano le potenzialità espansive dei soggetti punibili a figure marginali di fiancheggiatori o concorrenti esterni o dovuta all'uso di coefficienti soggettivistici di descrizione del fatto, ha consentito di catturare nella tipicità penale dei tipi di autore non sempre altrimenti afferrabili.

Nel concreto, il delitto associativo di cui all'art. 416 bis c.p. oltre a problemi in punto di tipicità, presenta profili controversi rispetto ai principi di materialità e offensività. In sostanza i reati associativi sono reati di sospetto che, in funzione di tutela anticipata, reprimono l'associazione in sé per rimuovere il pericolo che vengano commessi i reati scopo che il legislatore ha interesse a neutralizzare. Da qui i dubbi di compatibilità con un diritto penale costituzionalmente orientato che richiede la lesione effettiva di un bene giuridico e che riconosce espressamente il fatto di associarsi come un diritto di rango costituzionale.

Qui poi si pone anche il problema della punibilità dei soggetti che pur non facenti parte in pianta stabile dell'associazione, sporadicamente le hanno fornito ausilio nella commissione dei reati fine.

Al proposito, in giurisprudenza pare prevalere il ricorso a due indici rivelatori peculiari delle ipotesi di concorso eventuale e che valgono a distinguerle da quelle di partecipazione. Il primo è costituito dal c.d. giuramento di onore o di affiliazione, in qualsiasi forma si manifesti, il secondo dalla qualità dell'apporto stabile e permanente, anziché episodico e occasionale. L'applicazione del meccanismo presuntivo *iuris et de iure* consentirebbe l'incriminazione ove sol venga provata l'affiliazione, fatto che esonera l'accusa dalla prova dell'effettivo contributo causale.

Una ricostruzione di tal fatta fa cogliere la logica del diritto penale d'autore, consistente nell'attribuzione di responsabilità non in base a norme penali

²⁷ S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano, Giuffrè, 2009.

positive, ma in base al ruolo rivestito dal soggetto all'interno dell'associazione mafiosa²⁸.

5 - IN RAPPORTO AL TERRORISMO

La recente novella in materia di terrorismo è tanto indice del diffondersi della legislazione dell'emergenza quanto sintomo dell'adesione allo schema più specifico del diritto penale del nemico.

Sotto il primo aspetto due sono i punti fondamentali che testimoniano come la disciplina *de quo* sia frutto dell'emergenza²⁹.

Anzitutto, il d.l. 27 luglio 2005, n. 144 conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155 è stato emanato a ridosso dei sanguinosi attacchi terroristici del 2001 contro gli Stati Uniti e di quelli del 2005 nel Regno Unito: in tale frangente, la prospettiva adottata dalle forze politiche è stata quella di ritenere sussistente un vero e proprio stato di emergenza, ossia una situazione eccezionale che poteva porre in pericolo la stessa sopravvivenza delle istituzioni democratiche.

Secondariamente, lo Stato italiano, proprio per fronteggiare il detto clima emergenziale, ha adottato strumenti apparentemente ordinari, ma nella sostanza, come si dirà, straordinari e derogatori³⁰.

Quanto ai caratteri propri del diritto penale del nemico, qui se ne evidenziano sostanzialmente tre: sul piano sanzionatorio, la reazione svolge una mera funzione di prevenzione del crimine e di neutralizzazione del soggetto; sul piano della struttura del reato, la tendenza è quella di anticipare a tal punto la soglia di tutela da violare i principi di materialità e colpevolezza e incriminare addirittura lo stesso esercizio di diritti come quelli di associazione e di manifestazione del pensiero; da ultimo, sul piano processuale, si assiste ad una vera e propria de-giurisdizionalizzazione, vale a dire all'attribuzione di poteri coercitivi alla stessa amministrazione fuori dal controllo della magistratura, con conseguente violazione delle garanzie costituzionali e di quelle sancite nella CEDU³¹.

28 A. MANNA, *L'ammissibilità di un concorso esterno nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in "Diritto Penale e Processo", 1994, p. 1189; G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei reati associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*, in "Foro Italiano", II, 1995, c. 423. In senso contrario, V. A. DE PALMA, *La contiguità mafiosa: tecniche di repressione e di prevenzione*, Bari, Cacucci, 2008, p. 17.

29 Al riguardo, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 99; sul punto anche *Terrorismo e crimini contro lo Stato. Legislazione attuale e azioni di contrasto*, a cura di M. BARILLARO, Milano, Giuffrè, 2005; E. CESQUI, *Conflitto politico-sociale e intervento penale: alcuni casi esemplari*, in "Questione Giustizia", 2006, p. 782.

30 Sul punto I. PELLIZZONE, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la "normalizzazione" dell'emergenza*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 2006, p. 1765.

31 L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Le disposizioni processuali*, in "Diritto Penale e Processo", 2005, p. 1214; *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di*

D'altronde la concretizzazione del diritto penale del nemico si scorge già nella definizione di terrorismo sotto diversi profili. In primo luogo, la recente formulazione adottata con il nuovo art. 270 *sexies* c.p., pur letteralmente incentrata sulle condotte, designa in realtà una finalità e introduce un sistema a doppia tipizzazione: tipizzata una volta per tutte nell'art. 270 *sexies* c.p. la finalità di terrorismo, ad altre norme compete poi la descrizione del fatto tipico. Un segno, dunque, anche questo di come il vero baricentro della definizione normativa si sposti sull'atteggiamento psicologico di inimicizia, ostilità nei confronti di un ordinamento, di un'organizzazione.

In secondo luogo, l'art. 270 *sexies* c.p. non specifica la natura oggettivamente violenta delle condotte con finalità di terrorismo³². Ciò può avere ripercussioni, non tanto rispetto a fattispecie incriminatrici in cui il requisito della violenza è condotta principale o modalità della condotta, ma soprattutto rispetto a quelle fattispecie la cui condotta è costituita dall'esercizio di un diritto come quello di associarsi. Invero, punire l'associazione, a prescindere dai comportamenti posti in essere, significa incriminare lo stesso esercizio del diritto di associazione. A ciò si aggiunga la costruzione dei reati associativi su concetti indeterminati che veicolano giudizi di valore, correndo il rischio di reprimere mere manifestazioni di volontà di commettere reati, espresse genericamente in privato da più persone che si riconoscono in una comune ideologia oppure, addirittura, forme più blande di simpatia o solidarietà umana verso progetti eversivi elaborati da terzi con cui si condivide solo l'opinione di antagonismo ai valori occidentali.

Il tutto in contrasto con il diritto penale costituzionalmente orientato che impone una netta distinzione tra mera volontà di ledere beni giuridici e il passaggio all'azione³³. Infatti, i principi di materialità e offensività richiedono l'esistenza di una struttura operativa adeguata al programma che si intende perseguire e, quindi, la prova di supporti logistici, regole di funzionamento, attività di auto-conservazione. Inoltre, relativamente alle singole posizioni, lungi dal valorizzare mere adesioni psicologiche al programma criminale, la dichiarazione di responsabilità necessita di un concreto passaggio all'azione dei membri del gruppo, sotto forma di attività preparatorie rispetto all'esecuzione dei reati fine oppure all'assunzione di un ruolo concreto nell'organigramma criminale. Solo un simile approccio ermeneutico può paralizzare le potenzialità negative di una fattispecie che, essendo costruita su concetti di valore dal contenuto indeterminato, favorisce manipolazioni in chiave di puro decisionismo giudiziario.

Si noti poi che la definizione contenuta nell'art. 270 *sexies* c.p., nonostante costituisca il faticoso risultato di un'ampia convergenze di vedute in sede interna-

terrorismo. *Atti del workshop. Ferrara, 26 settembre 2007*, a cura di S. LORENZON, G. VACCARI, V. ZANETTI, Roma, Aracne, 2008.

32 A. MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo: il D.L. 27 luglio 2005, come convertito con modificazioni in legge 31 luglio 2005*, n. 155, in "Studium Iuris", 2006, p. 1217.

33 Cass., 21 novembre 2001, Pellissero, in "Foro Italiano", II, 2004, c. 29.

zionale, non sembra pienamente adeguata allo scopo: per un verso, essa appare sovradimensionata, in quanto “il grave danno ad un Paese” o la “destabilizzazione o distruzione delle politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese” paiono risultati che non sembrano, per ora, di attuale portata per i terroristi; di più, il detto riferimento all’idoneità ad arrecare un grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale a nulla vale, perché questa componente non solo può essere del tutto svincolata dal profilo violento, ma addirittura può caratterizzare anche condotte che sono del tutto prive di disvalore, come ad esempio il diffondere notizie vere ma pur sempre pregiudizievoli per lo Stato.

L’ultimo aspetto problematico connesso alla definizione concerne l’ambito operativo della disciplina, non essendo chiaro se sia applicabile soltanto al terrorismo in tempo di pace o anche in tempo di guerra: l’adesione alla seconda eventualità comporterebbe con sé l’incriminazione di un legittimo combattente che uccide un altro legittimo combattente³⁴.

34 E. ROSI, *Terrorismo internazionale; le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale”, 2002, p. 156; D. PULITANO, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, in “Questione Giustizia”, 2006, p. 740.