

Ar2

Vai al contenuto multimediale



Volume realizzato dal Centro Studi della Camera Penale di Napoli e distribuito dalla Camera Penale di Napoli ai propri iscritti e ai partecipanti al ciclo di incontri dal titolo "Laboratorio sui contenuti della Riforma Orlando", tenutosi presso il Palazzo di Giustizia di Napoli nelle date del 14, 21 e 28 settembre, 5 e 12 ottobre 2017.

La Riforma Orlando

Analisi dei contenuti e valutazioni
“a prima lettura” della legge n. 103 del 23 giugno 2017

a cura di

Aldo Franceschini

con prefazioni di

Sergio Moccia
Giuseppe Riccio
Giorgio Spangher

con il contributo di

Chiara Ariano
Luca Bancale
Mauro Buono
Dina Cavalli
Francesco Cedrangolo
Fabrizio Chianese
Lucio Cricri
Massimiliano Cuosta
Fabio De Maria
Mattia Floccher
Aldo Franceschini
Giuseppe Gagnaniello
Roberto Guida
Angelo Mastrocola
Fulvia Fabrizia Mazzola
Marco Muscariello
Alessandro Orabona





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 4551463

ISBN 978-88-255-1716-3

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2018

Indice

- 7 Qualche considerazione sugli aspetti di diritto sostanziale della riforma Orlando
Sergio Moccia
- 15 La legge-Orlando tra pressioni comunitarie e crisi interne
Giuseppe Riccio
- 25 Manca il sistema
Giorgio Spangher
- 27 Introduzione
Aldo Franceschini
- 31 Sezione I
Modifiche al Codice penale
1.1. Le condotte riparatorie, 31 – 1.2. L'inasprimento del trattamento sanzionatorio per alcuni reati, 35 – 1.3. Le modifiche alla disciplina della prescrizione del reato, 41.
- 57 Sezione II
Modifiche al Codice di procedura penale
2.1. L'incapacità irreversibile dell'imputato: il problema dell'eterno giudicabile, 57 – 2.2. L'intervento sulla fase delle indagini preliminari (parte I): a) i colloqui difensivi con l'assistito *in vinculis*; b) l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio; c) la comunicazione delle iscrizioni RGNR e le informazioni alla p.o., 62 – 2.3. L'intervento sulla fase delle indagini preliminari (parte II): a) la riserva di incidente probatorio in sede di accertamenti tecnici irripetibili; b) la durata delle indagini preliminari, 68 – 2.4. Il procedimento di archiviazione, 75 – 2.5. L'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, 85 – 2.6. I riti alternativi, 90 – 2.6.1. *Il giudizio abbreviato*, 90 – 2.6.2. *Il patteggiamento*, 98 –

2.6.3. *Il procedimento “monitorio”*, 101 – 2.7. La motivazione della sentenza penale, 106 – 2.8. Le modifiche al sistema delle impugnazioni, 109 – 2.8.1. *Le disposizioni generali. La rescissione del giudicato*, 109 – 2.8.2. *Il giudizio di appello*, 118 – 2.8.3. *Il giudizio di legittimità. Il ricorso straordinario*, 125 – 2.9. La partecipazione e l’esame a distanza, 133 – 2.10. Le informazioni sull’azione penale; i criteri di priorità nella trattazione dei processi; la vigilanza del procuratore capo sull’iscrizione delle notizie di reato, 146 – 2.10.1. *Le informazioni sull’azione penale e i processi a trattazione prioritaria*, 146 – 2.10.2. *I compiti di vigilanza del procuratore della Repubblica*, 150 – 2.11. La relazione governativa ex l. n. 47 del 2015 sui dati relativi all’applicazione delle misure cautelari personali, 152.

157 Sezione III

Le deleghe al Governo

3.1. La delega per la modifica del regime di procedibilità per alcuni reati, 157 – 3.2. La delega per la revisione della disciplina delle misure di sicurezza. 159 – 3.3. La delega per il riordino di alcuni settori del codice penale (rinvio), 163 – 3.4. La delega per la riforma della disciplina in materia di intercettazioni, 164 – 3.5. La delega in materia di impugnazioni penali, 178 – 3.6. La delega per la riforma dell’Ordinamento penitenziario, 180 – 3.7. La delega per la revisione della disciplina del casellario giudiziale, 198.

203 Sezione IV

Spese di giustizia

4. La ristrutturazione e la razionalizzazione delle spese di giustizia, 203.

207 *Autori*

Qualche considerazione sugli aspetti di diritto sostanziale della riforma Orlando

di SERGIO MOCCIA¹

1. Sul piano della legalità penale, ed ancor prima della “scienza della legislazione”, la cosiddetta riforma Orlando si presenta come una sorta di provvedimento ‘millemodifiche’, secondo il peggior costume delle leggi finanziarie e ‘milleproghe’, anziché come un disegno organico.

La parte di diritto penale sostanziale del provvedimento mette disordinatamente insieme norme di legge e deleghe al Governo. Sul primo versante, vengono introdotti aumenti di pena per reati contro il patrimonio e per il patto politico-mafioso, una nuova causa di estinzione del reato legata a condotte riparatorie, singole modifiche alla disciplina della prescrizione prevalentemente in tema di interruzione e sospensione dei termini; sul secondo, si delega il Governo ad attuare modifiche all’ordinamento penitenziario ed alle pene accessorie – ma non al sistema delle pene principali –, a riformare le misure di sicurezza personali, addirittura ad attuare “tendenzialmente” la riserva di codice ...

L’articolato della riforma è in realtà, mi si passi l’espressione, un ‘commato’: si tratta infatti di un unico articolo di 95 commi. Essi riguardano materie assai diversificate e sono, naturalmente, privi di rubrica, il che rende ancor meno ‘digeribile’ il testo; l’impianto è disorganico; la tecnica di redazione mescola in maniera farraginoso aspetti sostanziali e procedurali, basti pensare al primo comma della riforma, che introduce il nuovo art. 162-ter c.p., in materia di estinzione del reato conseguente a riparazione del danno.

Ma, al di là dei difetti tecnici, l’intero provvedimento nasce sotto il segno della mortificazione della sovranità del Parlamento. L’*iter* di approvazione del provvedimento, infatti, ha subito una svolta, dopo una

¹ Professore Ordinario di Diritto Penale presso l’Università degli studi di Napoli “Federico II”.

tormentata elaborazione, con la sostituzione dell'intero testo discusso per anni in Parlamento con un maxi emendamento del Governo, costituito per l'appunto dall'articolo unico di 95 commi, su cui è stata posta la questione di fiducia. La democrazia parlamentare è stata dunque offesa, in una materia delicatissima come quella penale, sostanziale e processuale, al cui interno la garanzia della stretta legalità, presa sul serio, dovrebbe ergersi a difesa dei diritti fondamentali dell'individuo.

C'è pure un ulteriore, delicato profilo, a cavallo tra diritto e processo penale, sotto il quale il principio di legalità e la soggezione dei giudici soltanto alla legge – ma, sotto altro aspetto, anche il diritto di difesa – rischiano uno strisciante ridimensionamento. Mi riferisco al co. 66, che introduce un nuovo co. 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p., secondo cui «se una sezione della Corte [di Cassazione] ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso». In tal modo viene introdotto nel nostro sistema penale – dopo che ciò era già avvenuto nei settori civile ed amministrativo – il principio della vincolatività del precedente giudiziale delle Sezioni unite.

In tal modo si ritiene di porre un argine all'incertezza ed all'imprevedibilità delle decisioni giurisprudenziali che ormai regna sovrana nel sistema penale italiano, in contrasto con le più elementari esigenze di uno stato di diritto, tanto più nella materia penale, retta dal principio di stretta legalità. Tuttavia, la novella rappresenta a mio avviso un rimedio che, in realtà, si inserisce proprio nello stesso percorso involutivo della legalità che si intende contrastare: un percorso che affida la legalità penale al potere giudiziario. Il principio di legalità dovrebbe comportare determinatezza, ossia chiarezza e precisione delle norme penali e verificabilità empirica delle fattispecie. E la funzione della determinatezza è quella democratica e liberale di separazione dei poteri legislativo e giudiziario, soggezione del giudice alla legge, limitazione del potere arbitrario del giudice di 'determinare' di sua iniziativa l'ambito del punibile. Certamente il giudice, tanto più di fronte a leggi poco chiare, ha un ampio spazio di interpretazione: ma tale spazio dovrebbe essere limitato dal divieto di analogia, dalle regole legali contenute nelle preleggi, dal dovere di interpretazione conforme alla Costituzione e, in subordine, alle Carte internazionali ed al diritto primario dell'Unione europea. Il giudice ordinario non può essere, invece, vincolato alle pronunce di altri giudici ordinari; in tal modo si rischia un irrigidimento conservatore della magistratura, con conse-

guente difficoltà per il giudice dissenziente e, quindi, per lo stesso difensore di contrastare il peso dei precedenti persino con interpretazioni costituzionalmente più corrette. Ma soprattutto, si erigono le Sezioni unite, in sostanza, a fonti di diritto penale. Oltretutto, che ciò serva realmente ad esigenze di nomofilachia è più che dubbio, vista la percentuale assolutamente esigua di ricorsi sottoposti alle Sezioni unite rispetto alla massa di quelli trattati dalle Sezioni singole.

La via d'uscita dall'attuale crisi della legalità dovrebbe risiedere in una vera riforma globale, strutturale del sistema penale. E da questo punto di vista siamo lontani anni luce da quanto prospettato nella l. n. 103/2017, il cui co. 85 contiene, all'interno – udite udite – della delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario, una lettera q, che affida all'esecutivo, testualmente, l'«attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato».

Questo breve testo potrebbe essere commentato per ore per la sua vaghezza, approssimatività, arbitrarietà dell'individuazione dei cosiddetti beni giuridici...

2. La legge 'novantacinquecommi' prevede significative modifiche 'a macchia di leopardo' in alcuni settori del sistema sanzionatorio, considerati in ordine 'sparso' – pene accessorie (co. 85 lett. u), misure di sicurezza personali (co. 16), estinzione del reato per riparazione (co. 1) o per prescrizione (co. 10-15), procedibilità a querela (co. 16), ordinamento penitenziario (co. 85) –. Il carattere magmatico del provvedimento tradisce chiaramente l'assenza di un orientamento politico-criminale univoco: al contrario, mentre alcune opzioni di delega al

Governo, ad esempio in materia di ordinamento penitenziario o di pene accessorie, possono apparire orientate nel senso di un'umanizzazione dell'intervento punitivo, altre risentono del privilegio di prospettive di deterrenza, sovente simboliche, non immuni dalle suggestioni del diritto penale d'autore, o del nemico.

È il caso, in particolare, degli aumenti di pena previsti per furto in abitazione e scippo, rapina, estorsione e patto elettorale politico-mafioso. La finalità perseguita sembrerebbe evidentemente quella deterrente: ma, in primo luogo, è – per usare un eufemismo – estremamente improbabile che il potenziale autore di quei fatti, semmai ne venga a conoscenza, si lasci convincere dall'aumento della pena di un paio d'anni del minimo edittale o di qualche centinaio d'euro; ed in secondo luogo, il punto è l'effettività del perseguimento dei reati, che in rapporto ai reati menzionati è bassissima. La ragionevolissima speranza dell'impunità rende quasi risibile il provvedimento, i cui reali destinatari sono i consociati, ai quali l'ordinamento mostra illusoriamente i muscoli, per esigenze di rassicurazione collettiva e, quindi, di raccolta di facili consensi.

Oltretutto, in materia di reati contro il patrimonio ed in particolare di furti, gli aumenti di pena incidono su un contesto di astratta ipercriminalizzazione, proveniente dal codice Rocco ed oggetto di ulteriori inasprimenti in età repubblicana. Anche qui il discorso potrebbe durare ore. Mi limito a fare un esempio. Rubare la busta della spesa strappandola di mano alla vittima comporterà, in base al co. 6 lett. a) della riforma, la reclusione non più da 1 a 6 anni, ma da 3 a 6 anni, ovvero una pena minima uguale al massimo edittale del furto semplice e una pena massima uguale al doppio del massimo previsto per il furto semplice. Se, poi, l'autore è in motorino ed ha il casco, si configura una delle aggravanti di cui all'art. 625 c.p., ed anche per l'ipotesi aggravata la riforma, al co. 6 lett. b), aumenta la pena: si va da quattro a dieci anni, più la multa, anch'essa aumentata. Ma non basta: la lett. c) del co. 6 introduce anche in rapporto allo scippo il noto meccanismo della deroga al bilanciamento: le circostanze attenuanti non possono mai essere considerate né equivalenti, né prevalenti alle aggravanti come quella citata.

Nei casi in cui troveranno applicazione, gli aumenti di pena previsti risulteranno sicuramente carcerogeni – ma è proprio questa la *ratio* apparente del provvedimento: minacciare, e quindi rischiare di eseguire, più pene detentive, alzando il minimo edittale – specialmente in

rapporto ai soliti ultimi della società: non abbienti, tossicodipendenti ed altri emarginati, specie se recidivi. E per loro, come ben si sa, la prescrizione non interverrà.

3. Le modifiche alla disciplina della prescrizione si iscrivono anch'esse in una logica emergenziale, sotto diversi profili: infatti, esse lasciano intatti gli inconvenienti strutturali della disciplina, risultanti in particolare dalla l. n. 251/2005, nota come "ex-Cirielli"; si tratta di singole modifiche puntiformi, piuttosto che di una riforma complessiva; alcune modifiche forniscono una risposta meramente contingente, 'sintomatica'; altre innovazioni introducono vistose disequaglianze di trattamento prive di adeguata giustificazione.

L'istituto della prescrizione coinvolge problemi complessi: da un lato, esso ha – contrariamente a quanto diffusamente ed anche autorevolmente sostenuto – un fondamento costituzionale in finalità di prevenzione generale e speciale e, sotto il profilo processuale, nel diritto ad una ragionevole durata della soggezione al processo. Detto in breve, con il passare del tempo dal reato – sempre che sia stato commesso e che l'imputato ne sia responsabile – l'allarme o la conflittualità sociale diminuisce e trasmuta in istanza di pace sociale; e sotto il profilo personalistico e del reinserimento sociale, la punizione perde il suo senso se interviene dopo tanto tempo, da potersi dire che l'autore sia diventato un'altra persona. D'altronde, seppure il principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 co. 2 Cost. venga inteso in senso oggettivo, esso ha sicuramente un riflesso soggettivo nel dato per cui la sottoposizione a procedimento penale è 'pena', limitazione di diritti fondamentali, e perciò dev'essere contenuta in un ambito temporale ragionevole.

D'altro canto, la prescrizione, se interviene prematuramente o, comunque, quando le condizioni predette non si sono realizzate – cioè, ad esempio, non è cessato l'allarme sociale –, disorienta i consociati e viene percepita come frustrazione di obiettivi di tutela di beni giuridici, sovente dovuta a mancato o tardivo avvio delle indagini o lentezza del procedimento penale. Fenomeni che, a loro volta, sono dovuti ad una pluralità di fattori convergenti, fra i quali certamente non secondario è il rapporto tra il carico complessivo delle notizie di reato – che dipende a sua volta significativamente dall'ipertrofia penalistica – e le risorse umane e strumentali a disposizione dell'amministrazione della giustizia.

Il corretto funzionamento dell'istituto della prescrizione dipende, allora, anzitutto dalla realizzazione di un diritto penale che sia *extrema ratio*; tutto il contrario della situazione attuale. E dipende, ancora, dagli investimenti statuali nell'amministrazione della giustizia. Una riforma della prescrizione che non incida su tali aspetti ha un respiro corto.

Ma anche un intervento limitato alla disciplina della prescrizione dovrebbe almeno essere complessivo: a cominciare dalla ragionevolezza dei termini di prescrizione in rapporto alla gravità dei fatti, piuttosto controversa in rapporto alla l. ex-Cirielli. Anche qui, per la verità, il discorso si complica, perché se è corretto legare il termine di prescrizione alla gravità del reato, effetti gravemente distorsivi derivano da quella che autorevolmente è stata definita la frantumazione del sistema sanzionatorio: basti pensare, ad esempio, al processo per i fatti avvenuti nella scuola Diaz a Genova nel 2001, laddove si prescrissero le lesioni gravi, ma non la falsità ideologica commessa in un verbale di polizia.

Ad ogni modo, una riforma organica, seppure limitata alla prescrizione, avrebbe dovuto affrontare inconvenienti strutturali anche sotto il profilo dell'illegittima discriminazione 'per tipi d'autore' dei recidivi ad opera della l. n. 251/2005. Il 'primo' falso in bilancio in una società quotata si prescrive in otto anni, che aumentati di un quarto – tenuto conto del 'tetto' alle interruzioni della prescrizione per i delinquenti primari – diventano dieci. Il secondo furto con strappo della busta della spesa da parte del tizio con il casco, se viene applicata la recidiva aggravata, si prescrive in quindici anni, che, tenuto conto del diverso 'tetto' alle interruzioni, quello della metà previsto per i recidivi aggravati, diventano ventidue e mezzo!

Ma anche una riforma 'minima' della prescrizione, che rimuovesse le cause strutturali di effetti così insostenibili della disciplina, non era evidentemente nelle intenzioni o alla portata del Governo. Le modifiche si limitano, infatti, ad intervenire, in via generale, sulla sospensione della prescrizione, salvo aggiungere interventi derogatori, da tipo d'autore, su decorso del termine e interruzione della prescrizione.

La modifica più significativa è quella prevista dal co. 11, ossia la sospensione dei termini fino ad un anno e mezzo dal deposito della motivazione della sentenza di primo grado alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, e fino ad un altro anno e mezzo dal deposito della motivazione della senten-

za di condanna di secondo grado alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva.

Dal punto di vista delle opzioni politico-criminali, la modifica privilegia la finalità di tutela di beni giuridici, *sub specie* ‘non dispersione della condanna’ di primo o di secondo grado, su ogni altro interesse, pur costituzionalmente rilevante: è evidente, infatti, che sul piano della ragionevole durata del processo e del relativo interesse dell’imputato la riforma comporta semplicemente una possibilità di allungare il processo di altri tre anni, procrastinando la prescrizione. Ciò viene realizzato anche a costo di una forzatura dell’istituto della sospensione della prescrizione, che configura allo stesso tempo un’indebita lesione di interessi dell’imputato: la sospensione si fonda infatti sul principio “*contra non valentem agere non currit praescriptio*”, mentre il co. 11 concede una sospensione dei termini durante l’*agere* processuale, scaricandone le conseguenze sull’imputato.

Per altro verso, sul piano dell’effettività, l’impatto reale della riforma rischia di risultare deludente; basti pensare che, com’è noto dai dati statistici da tempo pubblicati, ben più della metà dei procedimenti si prescrive nella fase delle indagini preliminari e le percentuali di prescrizioni in fase di appello e di Cassazione sono entrambi inferiori al 10%.

Basterebbe quanto detto a ridimensionare la sbandierata portata risolutiva delle modifiche in tema di prescrizione. Ma va aggiunto che le modifiche in tema di prescrizione contengono anche norme discriminatorie, che si aggiungono a quelle precedentemente introdotte.

Mi riferisco, in primo luogo, alla previsione di cui al co. 10, secondo cui, per i reati di cui all’art. 392 co. 1-*bis* c.p.p. se commessi nei confronti di un minorenni il termine decorre dal raggiungimento della maggiore età, salvo che l’azione penale sia stata esercitata precedentemente. La *ratio* consiste in una comprensibile esigenza di tutela della vittima minorenne a fronte di gravi abusi sessuali; tuttavia, gli effetti sul tempo necessario a prescrivere possono risultare tali da rendere draconiana una punizione che intervenga ad enorme distanza dal fatto, specialmente quando quel fatto, compreso in un elenco che risponde a finalità processuali, non è invece contrassegnato, secondo il legislatore, da spiccata gravità. Ad esempio, l’elenco di cui all’art. 392 co. 1-*bis* c.p.p. comprende l’adescamento di minorenni, un atto meramente preparatorio punibile fino con la reclusione massima di tre anni; ebbene, se l’atto di mero ‘adescamento’ fu commesso nei confronti di un

bambino di otto anni da un autore trentenne, il termine di prescrizione di sei anni, prolungabili a sette e mezzo, decorrerà da quando l'autore avrà quarant'anni e scadrà quando ne avrà quarantasette e mezzo, senza contare la sospensione – senza limiti massimi – di tre anni per le impugnazioni.

A proposito di questa disposizione, un'inquietante svista legislativa risulta dall'inclusione nell'elenco di cui all'art. 392 co.1-*bis* c.p.p. della detenzione di materiale pedopornografico virtuale: anche il termine di prescrizione per quest'ultima dovrebbe cominciare a decorrere da quando il minorene... virtuale diventa maggiorenne!

Una seconda disposizione discriminatoria è quella che prevede il raddoppio del 'tetto' alle interruzioni della prescrizione per i soli reati di corruzione e di truffa in sovvenzioni pubbliche. Basta fermarsi al confronto con altri gravi reati di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione per convincersi dell'arbitrarietà della deroga *in malam partem*, che vale per la corruzione e non, ad esempio, per la concussione o il peculato.

La legge-Orlando tra pressioni comunitarie e crisi interne¹

di GIUSEPPE RICCIO²

La crisi della giustizia, avvertita in termini differenti dai protagonisti della “vicenda”, sembra dover trovare una accorta soluzione nella Legge appena approvata in Parlamento, che ha preso il nome dal Ministro che la ha voluta ad ogni costo, anche in quelle parti per cui l’intervento è solo una delega (così il settore penitenziario) o per le quali la prevista disciplina entrerà in vigore nel prossimo anno (la prescrizione).

È un atteggiamento istituzionale imbarazzante; se non fosse la testimonianza del vizio genetico della nostra “politica”, cioè quello di affidarsi alla filosofia dell’emergenza ed a leggi simboliche per la provata incapacità di mettere mano al sistema penale nel suo complesso; eppure, la indescrivibile varietà delle materie su cui la legge interviene (dal penale al processo, dalla mediazione alla riparazione, dal penitenziario alle alternative al carcere) ed il tempo intercorso per approvarla, per non dire di quelle che la hanno preceduta, sarebbero stati sufficiente oggetto e sicuro periodo per una revisione del sistema, chiesta da anni, da quando le continue manipolazioni hanno reso irriconoscibile il codice del 1987-89, anzi, da quando in questo Paese non c’è più un codice di procedura penale; meglio: da quando il processo non è più regolato da leggi ma è successione di prassi più o meno riconducibili a liberi comportamenti, viziosi o virtuosi che siano.

Dunque, per capire il livello di evoluzione o di involuzione che la legge rappresenta interessa meno stabilire la tara garantista di questa o di quella norma – che pure si dovrà valutare –; interessa più, molto di più, cogliere la filosofia di sistema che ha guidato l’opera del legislatore nella “invenzione” di questo complesso e contraddittorio “pac-

¹ Contributo già apparso su *Archivio Penale*, 2017, n. 3.

² Professore emerito di Diritto processuale penale presso l’Università degli studi di Napoli “Federico II”.

chetto”, privo di premesse ontologiche e di presupposti dogmatici. Si vedrà.

Certo. Vorrei essere smentito; scommettete; credo, però, che neanche il più distratto politico potrebbe riuscire in un’opera che accorpa decine di proposte e di disegni di legge e mille materie tra loro centrifughe, la cui sintesi non produce risultati unificanti per la distanza tra le differenti soluzioni proposte.

Certo. La giustificazione di questo vizio di metodo si rintraccia nell’idea unilaterale secondo la quale sarebbero mutati i rapporti tra accademia e politica; e nella inconsapevolezza dei compiti della scienza del diritto penale, che, in queste epoche, deve (= dovrebbe poter) innovare l’approccio ai temi del processo penale senza astrarli dal contesto politico ed istituzionale, al contrario mettendoli in stretta relazione con esso; e per questo sano realismo essa dovrebbe contestualmente fornire al legislatore, ai giudici, ai cittadini ed ai loro difensori suggerimenti ed indicazioni utili alla socialità del diritto che oggi si è allargato a sponde europeiste; per non dire globali.

È la premessa dell’opera; ignorata dalla politica ormai autosufficiente ed autoreferenziale; è la premessa dell’opera, ma non il presupposto della legislazione, non di questa legislazione, che ha abbandonato le epoche felici della creazione comune del diritto; è la premessa dell’opera che poggia sul radicale cambio delle fonti e sul recupero delle tradizioni che producono il diritto.

Per cui, se alla fine degli anni ‘80 la riforma del codice di procedura penale realizzò un’opera rivoluzionaria concretizzando la netta rottura con una tradizione ultracentenaria di continuità inquisitoria, l’attuale processo non può rinnegare quelle traduzioni, soprattutto se esse si integrano con fonti e corti sovranazionali che valorizzano il versante della tutela dei diritti e attraverso essi l’efficienza e l’efficacia della giurisdizione: le esigenze interne della giurisdizione, insomma, non possono essere messe in conflitto con la tutela della persona; pena, il suo fallimento ed il fallimento della democrazia del processo.

Dunque, l’opera è quella di cogliere la comunione tra diritti e giurisdizione; “approdi” su cui la legge in commento propone un nuovo approfondimento dottrinario: il rapporto tra tradizioni e moduli operativi e lo studio delle categorie derivate dal modo con cui esso è trasferito nei singoli settori del sistema.

Per questi aspetti il discorso è nuovo; prospetta itinerari intellettuali suggeriti dai mille aspetti connessi ad una formula che evoca tradizioni, categorie e sistemi a cui dare “etichette” reali e semantiche sicure, dovendosi notare che le categorie inquisitorio/accusatorio hanno acquistato connotati nuovi in cui non è più ben definito il rispettivo dominio della autorità e/o della democraticità. Il discorso è nuovo; tradizioni e categorie si presentano in divenire; e suggeriscono di superare la staticità del pensiero intellettuale a favore della problematicità della ricostruzione critica; si involge in dubbi, non dà certezze; presenta progettualità, non sicurezze diagnostiche.

La premessa è di metodo; con essa si misura la “manovra” realizzata con la Legge-Orlando; il cui tasso garantista va individuato scoprendo il “filo rosso” di un progetto legislativo partito da lontano e che si è concluso quasi contestualmente con la Legge Orlando e, poco tempo dopo, con il Codice Antimafia; leggi fortemente contestate, la prima, per un trascinarsi umorale con le contese leggi che la hanno preceduta, il secondo, per la prevista applicabilità delle misure patrimoniali preventive ai delitti di corruzione, ipotesi tradotta a seguito della pressione della Commissione interparlamentare antimafia, che già nella Relazione del 2014 avanzava la soluzione, le cui contestate disposizioni i responsabili politici hanno già dichiarato che vanno cambiate.

Nel Codice Antimafia il tasso autoritario dovrebbe costituire una vera forma di deterrenza nei confronti dell’aumento del fenomeno di grave allarme sociale, quello dei c.d. reati contro la pubblica amministrazione o, più semplicemente, dell’insopportabile fenomeno corruttivo, divenuto una vera e propria “abitudine sociale”. Il tasso autoritario è dato da misure fuori o prima del processo, di grande impatto, non solo individuale, su cui la contestazione è orizzontale anche da parte delle Istituzioni che si interessano del fenomeno, dal momento che quelle misure hanno come presupposto il sospetto, non la colpevolezza. In quel Codice, infatti, sono unificati reati di criminalità organizzata e delitti di corruzione, su cui anche Cantone appare poco convinto, pur avendo affermato che la corruzione ha costituito la piattaforma per il “salto di qualità” delle mafie. Dunque, la partita è ancora aperta: il fronte riformista è forte e deciso; anche se, sul piano sociologico e criminologico, si nota che il distinguo tra criminalità organizzata e delitti dei “colletti bianchi” nasconde un dato antropologico, la differenza tra “cives” e mafioso, tra società civile e camorristi, già

considerata anni addietro per il “doppio binario”, che spostò il settore sul piano del sospetto e sul “diritto penale d’autore”.

Il tema è delicatissimo; di grandissima rilevanza; ma esce fuori dalla specificità di questo intervento, che si organizza intorno alle cause di siffatta improvvisazione, che vanno svelate e, con esse, la filosofia dell’intero “pacchetto” di cui la Legge-Orlando è il conteso epigono.

Ebbene, pure esso manifesta un notevole tasso autoritario, che nel complesso deriva dalla contraddittoria incoerenza delle molteplici discipline su cui è intervenuto per correggere prassi devianti subito ripristinate (la legge in tema di misure cautelari), o per legittimare prassi giudiziali (le regole sul ricorso per cassazione), o per ridurre gli spazi difensivi in nome di un insano efficientismo (accertamento tecnico; abbreviato e indagini difensive; partecipazione a distanza di imputati e testi; ecc.); contraddizioni che si evidenziano ove si accostino misure generalpreventive e strumenti specialpreventivi, le prime certamente intranee al processo scopo, le seconde anomale forme clemenziali di anticipazione dei bisogni penitenziari secondo le articolate situazioni previste nel complessivo programma dell’art. 27 Cost.

Il comune approccio è solo in apparenza centrifugo: nella legge le modifiche alle norme penali si sostanziano nell’aumento dei minimi edittali di pena per taluni delitti; e simboleggiano un’emergenza giudiziaria, l’incontestabile “abitudine” del ricorso giurisdizionale al minimo legale della pena. In chiave generalpreventiva; dunque, la legge riduce lo spazio di discrezionalità del giudice per dare maggiore incisività nella “lotta” a quei reati, in controtendenza con i contenuti dei primi interventi riformisti del pacchetto, orientati al processo “educativo” ed al “perdono”, non al recupero endoprocessuale del reo, e, dunque, alla prevenzione speciale, non essendo richiesto alcun accertamento in tal senso, essendo sufficiente aver svolto il programma concordato. Il tutto per far fronte alle spinte europeiste in termini di decarcerizzazione.

Dal mio punto di vista, dunque, (lascio ai Relatori che si interessano dei singoli “istituti” di valutare il tasso garantista di questa o quella disposizione) la Legge Orlando si scruta, secondo abitudine, alla ricerca del senso sistematico e della coerenza costituzionale del “pacchetto” a cui appartiene, che ha quali precedenti illustri la “messa alla prova per adulti” e la “tenue offensività” e via dicendo, che fu l’inizio della “politica per la giustizia” (è questo l’oggetto reale, non necessariamente condiviso, di questa politica) dell’attuale governo. Dunque,

un progetto complessivo di cui è opportuno conoscere – ove esista – il filo rosso e su cui è dovuta una valutazione di tono statutario: progettualità e razionalità sono i termini intorno a cui ragionare per capire l’iniziativa legislativa.

Che siano questi i termini della questione deriva dalla convergenza di esperienze “didattiche” compiute qui a “Federico II” in occasioni seminariali con i responsabili dell’attuale legislazione.

Una non lontana conversazione con il responsabile dell’ufficio legislativo del Ministero, subito dopo la legge sulla “messa alla prova”, mi informò della necessità di distinguere i compiti del legislatore da quello dell’ accademia. In controtendenza con la “cultura per la legislazione”, l’oratore esprimeva il parere, di sapore emergenziale (= si è detto: è il perenne vizio di questo Paese), secondo cui il governo deve occuparsi delle “leggi possibili” (stabilite con quale metro? economico?), spettando alla dottrina la ricostruzione del sistema. Capovolveva, così, il metodo della politica, relegando il presupposto ad attività postuma: il referente dogmatico e la scelta di valore, non spettano al legislatore ma al “dotto” che si vuole impicciare di quell’opera. Per questo oratore, dunque, è compito della dottrina la ricerca della linea di sistematica di quegli interventi legislativi.

Più di recente, in un confronto con il Procuratore della Repubblica di Napoli, e con altri, il Dr. Melillo ha manifestato il suo passato “politico” descrivendo le premesse della legge, citando fonti sovranazionali e bisogni sociali e suggerendo un approccio meno ideologizzato e più pragmatico ai settori sui quali si è intervenuti in questa epoca, tesi che nello specifico potrebbe essere condivisa se l’ideologia della libertà non sovrastasse ogni discorso intorno al processo penale, ideologica che credo nessuno voglia ignorare o sminuire. Pure qui, insomma, il richiamo ai compiti della dottrina è forte.

Dunque, spetta al ricercatore il disvelamento della razionalità sistematica e della coerenza costituzionale delle leggi in materia di processo penale di recente conio, anche perché sono mutati i canoni intorno a cui si è costruita questa nuova stagione novellistica: sono cambiati i protagonisti della legislazione e i baluardi dialettici del potere legislativo descritto negli artt. 70 ss. Cost.: l’iniziativa si è trasferita dal Parlamento al Governo che ricorre al voto di fiducia giacché gli emendamenti non sono più proposte migliorative ma ostacoli ostruzionistici che legittimano il governo a quella scelta “antidemocratica”, costituendolo come protagonista esclusivo della legislazione,

tale, anche quando la elaborazione della legge è interna alla sua dialettica.

Come si usa dire: la premessa è patto.

La premessa indica l'errore di metodo: il circuito virtuoso che crea le leggi – è stato così in passato – si avvale del contributo di “laici” dialoganti che indicano le coordinate dogmatiche e le soluzioni razionali, lasciando alla politica la scelta necessaria. Non è così da anni; il tempo delle commissioni di studio (quelle che mettevano a confronto i ceti della giurisdizione) si è fermato nel febbraio del 2008, anche se in seguito non sono mancati suggerimenti “unilaterali”: le testimonianze si colgono nelle Relazioni dei disegni di legge.

Fu così negli anni felici della Procedura penale, gli anni della esaltazione garantista e del processo accusatorio, a cui si ritorna in questa sede per approfondire le coordinate su cui si attestò il Codice e, quindi, per penetrare significati e simbologie della stagione [contro]riformista a cui assistiamo.

Allora, negli anni '80 l'esperienza statunitense di alcuni docenti del nostro Paese alla ricerca di nuovi referenti culturali ed istituzionali per il processo penale spostò l'attenzione sul common law ritenuta la tradizione che avesse cullato e che cullasse i diritti della persona. Il legislatore agì di conseguenza; le Commissioni redigenti e di controllo che dialogavano nella realizzazione della delega receperono i segnali del processo a fasi disomogenee, della multischematicità e della probation processuale, della giurisdizione di garanzia e della prova per il dibattimento, non della riduzione delle impugnazioni e/o del sistema sanzionatorio, questi ultimi resistenti nel campo “inquisitorio”.

Il primo segnale di una diversa attenzione a quella esperienza fu fornito nel '90 da Neppi Modona che, nel Convegno su “Il codice di procedura penale italiano visto dall'estero”, precisò le distanze tra i due sistemi richiamando le caratteristiche di essenza del common incompatibili con il nostro Statuto: magistratura elettiva, discrezionalità dell'azione e partecipazione del popolo sono connotati differenti dalla organizzazione della nostra giurisdizione. Eppure bisognerà attendere gli anni 2000 per avere una documentata conoscenza dei nuclei di essenza delle tradizioni giuridiche e, attraverso essi, dei valori che ciascuna prende a misura della sua essenza.

Volendo approfondire il tema – che in questa sede diventa metodo per la valutazione di razionalità sistemica e di valore della [contro]riforma-Orlando –, il riferimento è, tra altri, a Patrik Glenn, che,