

IL PRIMATO DELLA PREVENZIONE:
QUALI GARANZIE PER IL CITTADINO?
(LA PREVEDIBILITÀ DEGLI ESITI)

1. *Democrazia e diritto penale*

Un interrogativo quanto mai pertinente quello che titola il tema in cui si colloca la mia relazione: quale sia la sorte delle garanzie individuali in un sistema penale in cui sempre più si affermano istanze di prevenzione. Quesito che – direi – urge alla coscienza del penalista.

Prevenzione e garanzia: il prevalere del primo fenomeno nell’alternarsi dell’equilibrio tra i due – per loro natura antitetici – pone in discussione principi di fondo attinenti ai diritti del cittadino e, più in generale, allo stato di diritto.

La questione, quindi, è centrale rispetto al più generale oggetto del convegno che vuol indagare la connessione esistente tra democrazia e politica criminale nella società attuale.

Questa stretta relazione induce a muovere da qualche considerazione proprio in ordine al significato che questa più generale questione riveste: come si coniuga oggi questo rapporto?

Una risposta – pur parziale e approssimativa – ne coglie però l’ambivalenza: in senso positivo la “*partecipazione democratica*” rispetto al diritto penale si esprime essenzialmente nel principio di legalità e nella *riserva di legge* in particolare. La democrazia rappresentativa trova, infatti, nel monopolio parlamentare dello strumento penale la sua realizzazione e la garanzia della libertà individuale.

A questa positiva prospettiva altra se ne contrappone, però, in chiave negativa: la degenerazione del fenomeno che si manifesta in quello che, per sinteticità, etichetto grossolanamente come *giustizialismo populista*.

Come e quando l’“essere” di quest’ultima tenda oggi a sovrastare il “dover essere” della prima credo non abbisogni di soverchie motivazioni; se ne ha segno palese in tutti i momenti in cui si manifesta il diritto penale.

Un legislatore sempre più sordo ai principi – anche costituzionali – cui deve o dovrebbe uniformarsi la produzione normativa: *tassatività* della fattispecie, *proporzionalità* e *ragionevolezza* delle pene e – di contro – facil-

mente condizionabile da istanze giustizialiste e da una politica rozza e opportunistica. Mi basterà citare – tra gli innumerevoli esempi – le recenti leggi sull’omicidio stradale (l.41/2016) e sugli ecodelitti (l. 68/2015), sui quali ultimi mi riservo di tornare più oltre.

Parallelamente un giudice sempre più creativo per non dire ribelle, al giogo della legge: anche qui – per reperirne i segni – non v’è che l’imbarazzo della scelta: penso alla giurisprudenza permeata dal *principio di precauzione* che ha disancorato la colpa da ogni riferimento a dati concreti e affidabili¹ o a quella recentissima sull’art. 2621 c.c.² incurante – per così dire – della intervenuta riscrittura della norma ad opera del Parlamento.

E’ di questo contesto che il primato della prevenzione costituisce non secondario motivo di ulteriore crisi.

1. *Prevenzione e garanzia: prevenzione ante delictum*

Di non poco interesse sarebbe ripercorrere la storia della prevenzione nel suo diverso manifestarsi nell’ambito del diritto penale: ora nell’esplicita veste di misure *ante o propter delictum* ora in quella surrettizia di effettivo contenuto di fattispecie di reato, ma non è certo questa la sede per solo tentare di farlo. Cionondimeno credo di non poter essere smentito se asserisco che, pur nella ritrovata democrazia del secondo dopoguerra e nonostante l’avvento della Carta Costituzionale, la prevenzione ha guadagnato uno spazio sempre maggiore in tutte le sue forme.

Abbandonate – per palese incompatibilità con la Costituzione – le misure previste nel TULP per far spazio a quelle più edulcorate della legge del 1956, restò aperto, per breve tempo, il problema della compatibilità di misure *ante delictum* con i dettami della Corte Costituzionale; ne seguì un acceso dibattito che culminò in quel convegno di Alghero del 1974 che i non più giovani ricorderanno³.

Di lì il prevalere della posizione più conciliante – contrastata dalla scuola cui appartengo – che assegnava legittimità a quegli istituti accontentandosi del rispetto dei principi di legalità e giurisdizione senza avvedersi di quanto gracili e illusorie siano tali garanzie ove riferite ad una materia tanto liquida come la storia ha dimostrato. Ed infatti, di lì – rotto l’argine – il proliferare, negli anni e nei decenni a seguire di misure sempre più numerose e

¹ Tra le più significative Cass. IV, 22.11.2007 n. 5117 e Cass. IV 24.05.2012 n. 33311

² Cfr. Cass. S.U. finali 31.03.2016 n. 22476/16.

³ AA.VV., *Le misure di prevenzione: atti del convegno (Alghero 26-28 aprile 1974)*, Milano 1975.

basate su presupposti progressivamente più labili: dalla c.d. legge Reale del 1967 a quella antimafia sempre più stringenti sul piano personale, alle tante e tante di tipo patrimoniale.

Come tutto ciò arrechi pregiudizio alle garanzie individuali non credo abbisogni di particolare illustrazione.

2. *Segue: la prevenzione nel diritto penale sostanziale*

Non meno incidente sui diritti del cittadino l'insinuarsi della prevenzione nel diritto penale vero e proprio; e si badi ciò non solo nella struttura delle fattispecie penali – fatto questo ben noto e ripetutamente denunciato – ma anche in alcuni istituti fondamentali del diritto penale.

Quanto al primo aspetto, innegabile mi pare sia l'espansione dei reati con chiara funzione di prevenzione: si pensi a quelli concernenti la circolazione dei profitti illeciti (riciclaggio, autoriciclaggio, ecc..) che hanno un indubbio ruolo preventivo rispetto ai reati presupposto.

Quanto al secondo, penso alla *colpa* nella cui struttura si cerca di insinuare il *principio di precauzione*: il migrare di esso dalla politica legislativa, sede in cui solo può propriamente aver spazio, alla giurisprudenza in tema di imputazione colposa, di questa stravolge i termini, radicandola in un giudizio *ex post* anziché *ex ante*; con ciò confinandola nella responsabilità oggettiva costituzionalmente inammissibile.

Le (o certe) sentenze della IV sezione della Cassazione in tema non solo di morte per amianto, ma di disastri colposi – sintomatica quella relativa al ben noto caso di Sarno⁴ - ne sono esempi tanto chiari quanto significativi⁵.

3. *Prevedibilità degli esiti*

Molto pertinentemente il programma del convegno individua nella “*prevedibilità degli esiti*” uno degli aspetti problematici della materia della prevenzione; perché proprio nella incertezza giuridica e nella imprevedibilità della valutazione che l'ordinamento penale (e/o parapenale) farà del comportamento individuale si realizza il *vulnus* che la prevenzione arreca ai diritti del cittadino.

L'accento non può, allora, che cadere sul rapporto tra dato normativo testuale e traduzione operatane dal giudice e – quindi – sulla natura

⁴ Cass. IV, 11.03.2010 n. 16761

⁵ Cfr., *retro*, nota (1)

sempre più creativa dell'interpretazione giurisprudenziale. Tema al centro del dibattito giuridico-politico sul quale è superfluo più di tanto intrattenersi.

Può forse sintetizzarsi la molteplicità delle sue manifestazioni asserendo che la giurisprudenza fa sovente (o costante) ricorso al bene giuridico per ricomprendere nella previsione penale condotte – e più genericamente fatti – non (perfettamente o assolutamente) coincidenti con la descrizione normativa. Il risultato di siffatto uso estensivo del bene si risolve in uno scavalco delle *tipicità* in funzione dell'*antigiuridicità* che non può non sfociare in un'inammissibile analogia in *malam partem*.

La ontologica indeterminatezza del bene giuridico, coniugata con la libera e polimorfa (la *plurioffensività* consente di risolvere ogni perplessità!) individuazione operante dal giudice, svincola la decisione da ogni legame con la norma.

Tanti gli esempi che è inutile tentarne un'elencazione, certo l'attualità del caso e l'autorevolezza dell'organo decidente non possono non far venire in mente la recente sentenza delle Sezioni Unite sul novellato 2621 c.c. che già prima menzionavo: quali che siano le opinioni che si possono nutrire con riguardo al nuovo testo normativo – e legittime anche le più negative! – difficile mi pare, però, negare come la decisione della Suprema Corte appaia quale insofferente ribellione al vincolo della legge.

Questo discorso mi induce ad una ulteriore considerazione che, pur muovendosi sul piano legislativo, con esso si collega.

Si tratta di una fenomenologia per certi versi nuova che a me pare di intravedere nella più recente produzione legislativo/penale che anticipa – per così dire – al momento normativo il fenomeno interpretativo di cui ho appena detto e con il quale quindi si salda.

Alludo alla recente legge in tema di ambiente cui ho già fatto cenno nella quale sono previsti i cc.dd. ecodelitti.

Vi si trovano moduli normativi del tipo “*chiunque cagiona una compromissione o un deterioramento dell'acqua, dell'aria, del suolo, di un ecosistema, della biodiversità*” (art. 452 bis) o “*chiunque cagiona un disastro ambientale costituito* – si aggiunge – dall’*alterazione dell'equilibrio di un ecosistema*” ... o “*l'offesa alla pubblica incolumità*” (art. 452 quater).

Espressioni le cui carenze sotto il profilo della determinatezza mi paiono più che evidenti. Sul piano delle condotte il legislatore scavalca termini tipici della causalità – *provocare, cagionere* ecc. – per aprire spazi sconfinati al mero e onnivoro “*compromettere*”.

Stessa e fors'anche maggiore genericità si riscontra nella (solo appa-

rente) definizione dell'oggetto su cui la condotta incide: “*acqua*”, “*aria*”, “*suolo*”, “*sottosuolo*”, “*ecosistema*”, “*biodiversità*” ... addirittura “*pubblica incolumità*”.

Né certo mitiga l'inemendabile vizio la precisazione secondo cui le compromissioni e i deterioramenti debbano essere “*significativi*” e “*misurabili*”!

Ma a mio avviso v'è di più ed è questo l'aspetto che credo meritevole di essere segnalato.

Le fattispecie incriminatrici in questione sono strutturate secondo il modello dei reati ad evento causalmente orientati i quali – per loro natura – attingono determinatezza dall'*evento* materiale che supplisce all'indeterminatezza delle condotte, eziologicamente ad esso connesse.

Ed è a questo riguardo che si pone, per così dire, il problema: questo effetto è del tutto vanificato se l'evento è, non solo fumosamente descritto, ma addirittura sublimato nel *bene giuridico*.

E' ciò che – a ben vedere – accade nei reati di cui stiamo discorrendo: parlare di danneggiamento e/o deturpazione di entità tanto generiche da divenire astratte come l'aria, l'acqua, il suolo e il sottosuolo, e ancor più, come l'ecosistema, la biodiversità o la pubblica incolumità significa, a ben vedere, riferirsi a beni giuridici; vuol dire descrivere l'*offesa* del reato anziché un suo elemento obbiettivo.

La sovrapposizione dell'*evento in senso giuridico* come lesione al bene protetto all'*evento materiale*; meglio la sostituzione del primo al secondo confondono i piani della *tipicità* e della *offensività* con conseguenze gravi per la prima. O – per dirla in altro equivalente modo - contrabbandare l'offesa come evento materiale toglie allo stesso ogni potenzialità in termini di tassatività.

Non solo: il giudice (e prima di lui il P.M.), in presenza di siffatte norme, avrà come unica indicazione l'oggettività giuridica al quale potrà ricondurre un'indeterminata e indeterminabile categoria di fatti.

Una forma nuova e per certi versi subdola, quindi, di attentato alla certezza del diritto che la nuova legge sperimenta e che - dati i tempi - è potenzialmente idonea ad essere ripetuta.

Quanto tutto questo collida con la certezza del diritto nell'ambito penale e, quindi, si risolva in grave danno per le garanzie individuali, è di tutta evidenza.

Occorre, in realtà, riconoscere che la battaglia per la realizzazione del principio di tassatività, costituzionalmente sancito, è irrimediabilmente perduta: la stessa Corte Costituzionale – al di là di rarissimi casi – ha sempre respinto eccezioni di incostituzionalità sollevate in materia. La decisione con

cui la Consulta cassò per indeterminatezza il reato di plagio⁶ è un lontano ricordo, così come in concreto lettera morta si sono rilevate le affermazioni di principio a volte rinvenibili nelle sue argomentazioni.

Anzi a questo riguardo penso che la stessa – pur relevantissima quanto ben nota – sentenza della Consulta n. 364/1988 sull'*error juris*, si inserisca con omogeneità in questo contesto. Vero, infatti, che nella sua dotta motivazione si afferma con risolutezza l'esigenza di tassatività come carattere fondamentale e costituzionalmente sancito della norma penale ma – poi – nell'esemplificare i casi di rilevanza dell'errore di diritto, si indica proprio l'*“obbiettiva oscurità del dato normativo”*.

Non era forse del tutto azzardata una considerazione che feci a quel tempo commentando la sentenza secondo cui, in tal modo, si finiva con il ratificare quel vizio fornendo – con la rilevanza dell'errore di diritto – una valvola di sfogo al sistema che, però, per la sua natura soggettiva, non poteva che costituire rimedio episodico e discrezionale⁷.

In conclusione: norme non solo generiche e a volte addirittura “aperte”, interpretazioni sempre più libere; evidente la loro funzione non solo repressiva ma preventiva; ma di una prevenzione generale ... kafkiana!

4. *Il processo*

Se questo è il quadro che il diritto penale sostanziale ci offre, è da chiedersi come su di esso incida la dimensione processuale.

Il diritto in atto come reagisce rispetto al tema di cui andiamo discutendo?

Credo che la risposta non possa che essere totalmente negativa nel senso di un ulteriore aggravarsi dell'incertezza. Va innanzitutto sgomberato il campo dalla idea – in passato azzardata da qualcuno – che la certezza perduta sul piano della fattispecie penale possa essere, almeno in parte, recuperata o compensata in sede processuale attraverso la contestazione all'accusato dell'addebito (in fatto e in diritto). Idea illusoria e fors'anco ipocrita e ciò non solo perché lo strumento è usurato e deformato: basti guardare al vero e proprio scempio che la giurisprudenza ha fatto delle regole e dei principi inerenti la contestazione. Addebiti imprecisi e generici in termini di fatto, narrazioni più che descrizioni di comportamenti e di eventi, riferimenti plu-

⁶ Corte costituzionale sent. n. 96 del 1981

⁷ Cfr. STORTONI, *L'errore scusabile di diritto nel sistema penale: significati e prospettive*, in “Riv. it. dir. e proc. pen.”, 1991, p.p. 572 e ss.

rimi a norme le più svariate, contestazioni alternative ecc. sono ormai – e non da ora – accettati come valide contestazioni. Il *refrain* secondo cui basta che l'imputato sia stato posto in condizione di poter sapere ecc. ecc. con cui si respingono costantemente le eccezioni di nullità del capo d'imputazione per violazione dell'art. 429 c.p.p. è a tutti ben noto.

Ma non è questo – o solo questo – il punto; la ragione della mia asserzione è più profonda e sta nella radicale diversità dei compiti che la certezza sostanziale (della norma) e quella processuale (della contestazione) debbono svolgere.

E' cosa ovvia ma che pare non sia disutile ribadire: la “*previsione dell'esito*” – per riprendere il titolo del tema assegnatomi – presuppone la prevedibilità della valutazione del comportamento prima che questo venga posto in essere.

Come dire: altro è conoscere da cosa debbo difendermi, altro è sapere cosa posso lecitamente fare; esigenze ambedue incontestabili, ma diverse tra loro, ragion per cui la prima non può surrogare la seconda.

Ma non basta: se il processo non mitiga il malanno non lo lascia neanche immutato, al contrario lo aggrava.

E ciò per l'ovvia ragione che è parziale e quindi fuorviante tener esclusivo conto dell'esito finale cui il processo approda, dimenticando che è nel corso dello stesso che vieppiù si rivela perniciosa la carenza di tassatività della previsione penale sostanziale.

E' proprio nelle fasi in cui il fatto va determinandosi che l'incertezza della norma incriminatrice moltiplica i suoi negativi effetti.

Non solo: risalendo all'indietro rispetto alla sentenza nell'iter processuale, si comprende che ancor più forte il pericolo si manifesta nella fase delle indagini. E ciò è tanto più grave in un sistema come il nostro in cui il baricentro del processo tende sempre più a sbilanciarsi verso quella fase delle indagini preliminari che è di indiscriminata durata e regno incontrastato del P.M.... parte e non giudice!

LUIGI STORTONI