

QUESITI

ADELMO MANNA

Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*

SOMMARIO: 1. La mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina. - 2. L'introduzione delle nuove fattispecie criminose di omicidio e lesioni colpose "stradali". - 3. Gli inasprimenti sanzionatori introdotti in materia di criminalità organizzata. - 4. Conclusioni.

1. Come è noto, per "legislazione penale compulsiva" si intende un fenomeno caratterizzato dal fatto che "la legge è trattata come un bene di consumo", nel senso che il legislatore si mostra disinvolto «nel maneggiare le categorie, la terminologia ed anche i principi penalistici, inserendo con leggerezza il prodotto legislativo nei delicati meccanismi del sistema penale»¹. Orbene, non v'è chi non veda come siano strettamente connessi il fenomeno della c.d. legislazione penale compulsiva e quello di un uso c.d. simbolico-espressivo del diritto penale, ove, cioè, il nostro ramo del diritto perde la sua funzione tipica di conservazione dei beni giuridici, per assumere quella, ben più rischiosa, perché foriera di espansione incontrollata, c.d. promozionale, nel senso di "esorzare caldamente" i cittadini ad osservare la norma penale.

In questa prospettiva è evidente come la legislazione penale assuma un carattere quasi "torrentizio" perché in fondo ciò che rileva è la produzione di nuove norme, senza magari riflettere adeguatamente sul modo in cui dette norme si inseriscono nel sistema penale e tale fenomeno risulta particolarmente accentuato nei tempi più recenti.

Il primo esempio che proprio in questo ultimo lasso di tempo incontriamo di diritto penale chiaramente definito, soprattutto da parte della nostra autorità governativa, come di diritto penale "simbolico", è costituito dall'esclusione, all'ultimo momento, dal decreto legislativo di depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina che, invece, in un primo tempo vi era stato più correttamente inserito.

Il Governo, infatti, pur consapevole degli effetti negativi a livello di operatività sul sistema della permanenza, come reato, dell'immigrazione clandestina, ha preferito operare la scelta in oggetto proprio per dare un "segnale" alla pubblica opinione, in particolare a livello europeo, dopo i noti e tragici fatti avvenuti

* Testo, con l'aggiunta delle note, del contributo alla riflessione collettiva sul tema, sollecitata dall'Associazione fra i Professori di Diritto Penale.

¹ Così, testualmente, SGUBBI, *Presentazione*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006, XI-XIII.

nuti in Francia e, da ultimo, in Belgio da parte del terrorismo di matrice islamica, addirittura in ben tre riprese. Per comprendere appieno le perplessità che ha suscitato tale scelta governativa, è necessario fare un passo indietro e cioè ricordare come la Corte costituzionale nel 2010² abbia dichiarato illegittimo costituzionalmente l'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., ovvero la circostanza che comportava un aumento della pena "se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale"³. Ciò per contrasto con gli artt. 3, 25, co. 2, 27, co. 1 e 3, Cost.

Pur tuttavia, con la successiva sentenza n. 250, la Corte costituzionale ha inaspettatamente ed inopinatamente rigettato la questione di legittimità costituzionale del finitimo reato di immigrazione clandestina, soprattutto in quanto esprimerebbe, a differenza dell'aggravante, un'autonoma condotta, seppure inosservante del provvedimento dell'Autorità.

Orbene, il ragionamento effettuato dalla Corte in realtà non convince perché è quasi scontato che un reato, a differenza di una circostanza, debba necessariamente esprimere un'autonomia di condotta, ma ciò, a nostro avviso, non è sufficiente per dirimere i dubbi di legittimità costituzionale, che invece sono stati ritenuti rilevanti per quanto attiene all'aggravante.

Il reato di immigrazione clandestina ha, quindi, superato un primo vaglio di costituzionalità, ma, evidentemente, non in maniera del tutto convincente, tanto è vero che il legislatore lo aveva inserito fra i reati da depenalizzare ma poi, all'ultimo momento, per le ragioni già esposte, ha ritenuto di rinunciarvi. Bisogna, però, a questo punto, domandarsi se l'utilizzazione del diritto penale a puro scopo simbolico-espressivo possa legittimare la permanenza, nel sistema penale, di un reato, come quello in oggetto, che invece, per le ragioni che seguiranno, si mostra del tutto disfunzionale al sistema.

Va infatti osservato come il reato in analisi è di competenza del giudice di pace e già questa costituisce una prima anomalia, giacché il giudice in questione, non togato, costituisce lo sviluppo di quello che un tempo era costituito dal giudice conciliatore, tanto è vero che la pena prevalentemente usata è quella di carattere risarcitorio, per cui non appare costituire, già sotto questo primo profilo, un giudice adatto ad occuparsi di un reato c.d. senza vittima.

In secondo luogo, la pena prevista per l'immigrato clandestino è quella di carattere pecuniario, che costituisce senza dubbio un controsenso, perché cer-

² Con la sentenza n. 249, su cui sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, III, Padova, 2015, 781 ss. e spec. 783 ss.

³ Introdotta con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, recante "*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*", parte integrante del c.d. pacchetto sicurezza. In dottrina, in generale sul tema, e con un approccio condivisibile, CAVALIERE *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Critica del dir.*, 2013, 17 ss.

tamente coloro i quali scendono a fatica e spesso moribondi dai famigerati barconi, oppure scavalcano i fili spinati delle “frontiere” di recente riemerse *de facto* “in barba” agli accordi di Schengen, sono in genere del tutto privi di risorse economiche, anche perché sono stati costretti a pagare in precedenza i c.d. scafisti, o coloro i quali li hanno aiutati ad entrare clandestinamente in un Paese straniero.

In tali ipotesi la pena principale si converte quindi in un sanzione sostitutiva, che è costituita dal ricovero nei centri di prima accoglienza, su cui vanno effettuate due osservazioni critiche: la prima è nel senso che costituisce un’anomalia il fatto che la sanzione sostitutiva sia di natura più grave di quella principale, la seconda è che in tal modo il processo penale si sovrappone a quello amministrativo, giacché anche quest’ultimo prevede il ricovero nei centri di prima accoglienza e, successivamente, il decreto di espulsione. L’inefficacia, da un punto di vista penale sostanziale, si accompagna poi ad un’altrettanta dose di ineffettività, se non peggio, a livello di diritto processuale. Laddove, infatti, lo straniero immigrato clandestino è ancora considerato autore di reato, va da sé che dovrà essere interrogato in qualità di indagato e/o imputato, per cui potrà beneficiare di tutti i diritti connessi a tale qualifica, cioè sia avvalersi della facoltà di non rispondere, che, nel caso in cui decidesse invece di rispondere, la facoltà di affermare il vero, oppure il falso, ovvero di tacere in tutto o in parte ciò di cui è a conoscenza, in nome del principio “*nemo tenetur se detegere*”.

Il regime è, quindi, di natura del tutto diversa da quello della persona offesa o, comunque, della persona informata sui fatti, che, sia nelle s.i.t., che in dibattimento, sono, come noto, obbligate a dire la verità, per cui possono rivestire un importante elemento di carattere probatorio, che può consentire alle autorità inquirenti di individuare i connotati e le generalità di colui e/o di coloro che hanno aiutato il soggetto ad emigrare clandestinamente in altro Paese. A ciò si aggiunga il fatto che, una volta che il soggetto è entrato clandestinamente nel territorio italiano, può essere vittima dei reati connessi al c.d. *forced labour* ma, visto che il reato di immigrazione clandestina non è stato ancora depenalizzato, dovrà anche in questo caso, essere sentito come imputato di reato connesso e, quindi, *ex art. 210 c.p.p.*, si potrà del pari avvalere della facoltà di non rispondere, con la conseguenza che in tal modo le autorità inquirenti verranno private di un ulteriore elemento di prova riguardo anche quest’altra categoria di reati, compreso quello di caporalato, di cui ora è in discussione in Parlamento un importante disegno di legge di carattere go-

vernativo⁴. Tanto ciò è vero che, a livello dottrinario, si è pure proposta l'introduzione di una "causa di non punibilità", che riguarderebbe gli stranieri immigrati clandestini oggetto di *forced labour* e che renderebbe certamente più facile l'accertamento probatorio dei reati di sfruttamento del lavoro⁵.

2. Il secondo e più recente esempio in tal senso è costituito dall'introduzione nel codice penale dei nuovi reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali⁶.

Va in primo luogo rilevato che in un recente seminario organizzato sul tema da parte dell'Università di Foggia⁷, il sottosegretario ai trasporti, On. Avv. Umberto Del Basso de Caro, ebbe ad iniziare la sua Relazione rilevando come, a suo avviso, non era affatto necessaria l'introduzione di reati *ad hoc*, essendo sufficiente la disciplina attuale dei reati di omicidio e lesioni colpose, con violazione delle norme relative al codice della strada, magari rendendo le relative aggravanti titoli autonomi di reato.

Il legislatore, anche qui seguendo l'esempio di un diritto penale c.d. simbolico-espressivo, ha invece ritenuto di introdurre sostanzialmente tre ipotesi di omicidio e/o lesioni colpose stradali, distinte in: a) violazioni meno gravi del codice stradale; b) violazioni *gravi* del codice stradale e; c) violazioni gravissime del codice stradale. In sostanza il legislatore ha ritenuto di evidenziare nelle nuove fattispecie l'inosservanza di regole cautelari specifiche come lo stato di ebbrezza alcolica, oppure l'alterazione psico-fisica in conseguenza dell'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, che ovviamente mutano di gravità i relativi reati a seconda del tasso alcolemico rilevato. A ciò si aggiunga la violazione di norme assai gravi del codice della strada, che indubbiamente fanno lievitare in modo notevole la sanzione penale e che, assieme alle prime, integrano quella che potremmo definire la misura oggettiva della colpa. Il legislatore ha, però, ritenuto di aggiungere che le lesioni e/o

⁴ Cfr. il disegno di legge relativo alle misure normative del Governo contro il caporalato del 4 settembre 2015, presentato dai Ministri Martina, Orlando e Poletti.

⁵ Cfr. CASELLI LAPESCHI, *L'azione penale a un bivio tra delitti contro la persona e ricettazione*, in *Impresa e "forced labour": strumenti di contrasto*, a cura di Buccellato, M. Rescigno, Bologna, 2015, 163 ss. e 174 ss.

⁶ Cfr. "Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274", approvato definitivamente il 2 marzo 2016, su cui cfr. PISA, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 145 ss.; nonché MANZELLI-SANTI, *Il penale corre ma perde la patente*, in *Italia Oggi, Guida giuridica, Il nuovo codice della strada*, 8 marzo 2016, 5 ss. *Il testo della legge 41/2016*, in *Giud. dir.*, 2016, 14 ss.

⁷ Il Seminario aveva, appunto, ad oggetto, l'allora progetto di introdurre il reato di "omicidio stradale" e si è svolto il 23 ottobre 2015.

l'omicidio devono essere avvenuti *per colpa*, così abbandonando l'originaria impostazione risalente al disegno di legge del Movimento 5 stelle, che invece intendeva equiparare l'omicidio e le lesioni stradali all'omicidio e/o alle lesioni di carattere doloso. Siccome il legislatore della riforma ha preferito la strada del reato colposo, l'aver aggiunto, rispetto alla violazione di regole cautelari specifiche, l'addebito "per colpa" degli eventi in analisi, fa chiaramente intendere come il legislatore medesimo e, quindi, anche l'interprete, siano indotti ad aggiungere alla misura oggettiva della colpa, anche quella c.d. soggettiva, cioè la prevedibilità e/o l'evitabilità in concreto dell'evento⁸. In tal modo si vuole evidentemente evitare il ricorso ad ipotesi c.d. di responsabilità oggettiva "occulta", che emergerebbero, laddove l'interprete si accontentasse soltanto della mera violazione delle pur gravi regole cautelari indicate dal legislatore. Fra l'altro, proprio nel caso dell'ubriachezza o dell'assunzione di stupefacenti, è noto come si ponga un delicato problema a livello esegetico, cioè a dire quando operare il giudizio di colpevolezza, ovvero sia nel momento in cui il soggetto si è ubriacato e/o ha assunto sostanze stupefacenti o psicotrope, oppure quando si è posto alla guida del veicolo che ha cagionato l'incidente.

In argomento va osservato come se ci si dovesse idealmente porre nel momento c.d. assuntivo, ne consegue che non sarebbe sufficiente la violazione del c.d. *neminen laedere*, giacché bisognerebbe verificare se a quel momento, che è d'altro canto *l'unico* in cui il soggetto è ancora capace di intendere e/o di volere, l'evento lesivo, che può verificarsi anche a distanza di tempo, possa in concreto dirsi già allora prevedibile e/o evitabile⁹, ovviamente in concreto.

Da quanto sinora osservato, emerge chiaramente, almeno a nostro avviso, come l'introduzione delle fattispecie di omicidio e/o lesioni colpose stradali si caratterizza anche per un notevole aumento del carico sanzionatorio rispetto al tradizionale reato colposo, anche a causa della configurazione questa volta di circostanze aggravanti quasi del tutto non bilanciabili, se non in rapporto agli artt. 98 e 114 c.p. (art. 590-*quater* c.p.). Ciò sta a significare, evidentemente, come obiettivo primario del legislatore sia stato quello di un notevole innalzamento del carico sanzionatorio, chiaramente a scopo "promozionale", che però rischia di alterare la sistematica sanzionatoria in materia di reato colposo, anche se sembra orientare il legislatore ormai verso la rilevanza, a

⁸ Rivaluta di recente la misura soggettiva della colpa in particolare CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009. Amato, *Un impianto diretto a considerare solo la colpa specifica*, in *Giud. dir.*, 55 ss., ritiene invece che l'inciso "per colpa" rinvii alla colpa generica.

⁹ Sia sul punto, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici, consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale, cit.*, 364 ss.

livello penale, essenzialmente della c.d. colpa grave¹⁰. Il legislatore ha pertanto preferito mantenersi sui binari “tradizionali”, “caricando” soprattutto sul significato simbolico-espressivo dell’aumento indiscriminato del carico sanzionatorio, senza tuttavia aderire a quella prospettiva di riforma più avveniristica, legata alla c.d. terza forma fra dolo e colpa, ovvero sia sul modello francese, spagnolo e, in parte, anche anglosassone, con la c.d. *recklessness*, della “messa in pericolo deliberata dei beni giuridici altrui”¹¹.

La riprova di ciò che veramente ha rilevato per il legislatore della riforma, lo ritroviamo nella disciplina relativa alla pena accessoria della revoca della patente di guida. Mentre, infatti, l’originario disegno di legge prevedeva addirittura la revoca perpetua, così però dando luogo ad una c.d. pena fissa, come tale in contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3, della Costituzione¹², la versione finale della disciplina pone la pena accessoria, come d’altro canto è di norma, in rapporto alla pena principale. Ciò, però, non toglie che, essendo le pene principali notevolmente elevate, anche la pena accessoria della revoca della patente di guida, come è stato efficacemente rilevato, si risolve praticamente in un relativo “quasi ergastolo”¹³. Per fortuna, alla Camera dei deputati, è da ultimo passato il c.d. emendamento Sisto, dal nome del proponente, che giustamente per lo meno ha evitato l’arresto in flagranza di reato per coloro i quali, dopo l’evento lesivo, prestino assistenza e si mettano immediatamente a disposizione degli organi di polizia giudiziaria. Tale emendamento va, infatti, salutato con favore giacché, altrimenti, l’arresto in flagranza di chi, tuttavia, non omette il soccorso avrebbe, paradossalmente, rivestito un effetto “criminogeno”, giacché il soggetto che avesse cagionato l’incidente mortale e/o lesi-

¹⁰ Per tale auspicio cfr. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 125 ss., nonché, volendo, anche MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, 179 ss., pur se il sottoscritto lamenta ancora la mancata definizione del concetto di colpa grave.

¹¹ In argomento, CURI, *Tertium datur*, Milano, 2003, nonché, volendo, anche MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale. L’indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 197 ss., con ivi rilevanti riferimenti anche a recenti casi giurisprudenziali a livello di circolazione stradale, su cui v. anche da ultimo PISA, *L’omicidio stradale nell’eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. proc.*, cit., che invece rivaluta l’ipotesi del dolo eventuale, presente in effetti in alcune pronunce della Corte di cassazione e che a suo avviso potrebbe comunque essere utilizzato nei casi più gravi, anche al di là delle nuove fattispecie criminose in discorso.

¹² Sia di nuovo consentito sul punto il rinvio a MANNA, *Sull’illegittimità delle pene accessorie fisse: l’art. 2641 del codice civile*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 910 ss. Analogamente AMATO, *Prevista l’aggravante per il reato commesso sotto l’effetto di alcool*, in *Giud. dir.*, 58 ss., che infatti ritiene come la scelta del legislatore non consenta di ritenere oramai completamente superata quella giurisprudenza che in passato, aveva ravvisato l’omicidio volontario, sotto il profilo del dolo eventuale.

¹³ MANZELLI-SANTI, *Il penale corre ma perde la patente*, in *Italia Oggi, Guida giuridica, Il nuovo codice della strada*, cit., 8.

vo, avrebbe preferito la fuga piuttosto che prestare assistenza, così non solo dando luogo all'ulteriore reato di omissione di soccorso, ma soprattutto mettendo ulteriormente a repentaglio la vita e/o l'integrità fisica del/ o dei danneggiati.

3. Il terzo esempio di legislazione penale compulsiva –volendo qui, anche per i limiti di spazio, concessi dall'associazione limitarci ai provvedimenti legislativi già entrati in vigore- è sicuramente costituito anche qui nell'aumento indiscriminato delle pene, che caratterizza la legge n. 69 del 2015, che infatti ha aumentato il carico sanzionatorio non solo in tema dei delitti di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione¹⁴, ma anche in materia di associazione per delinquere di stampo mafioso e relativi reati ad essa collegati. Ciò, almeno a nostro avviso, per quanto riguarda i reati di criminalità organizzata, ci sembra riecheggi la tematica del c.d. “diritto penale del nemico”, caratterizzato, com'è noto, proprio da un aumento indiscriminato delle pene, da un'anticipazione della tutela penale e dalla soggettivizzazione della tutela stessa, soprattutto con il ricorso al discusso concetto di pericolosità sociale¹⁵.

Tale aumento indiscriminato del carico sanzionatorio, in evidente chiave “simbolico-espressiva” che reca in sé la pericolosa illusione di, come suol dire, “calmare i bisogni emotivi di pena” della popolazione, si scontra, però, con il noto insegnamento, di carattere illuminista, di Cesare Beccaria che, a cavallo fra il XVIII ed il XIX secolo ebbe cura di affermare che la pena, per esercitare le note funzioni general- e special-preventive, dovesse essere non solo “proporzionalmente giusta”, ma soprattutto certa e pronta, ciò che, purtroppo, soprattutto a causa della legge *ex Cirielli* del 2005, che ha inopinatamente ridotto i termini prescrizionali per i primari, non può dirsi certo assicurata nelle caratteristiche funzionali propugnate dal grande penalista ambrosiano¹⁶.

¹⁴ In argomento cfr. VALENTINI, *La controriforma del sistema penale anticorruzione. Uno sguardo critico-costruttivo alla L. n. 69/2015*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale e speciale, Riforme 2008-2015*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Milano, 2015, 347 ss.

¹⁵ In argomento, in particolare, DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla Questione criminale*, II, 2007, 55 ss. e, più di recente, INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Ind. Pen.*, 2015, 223 ss.; nonché, da ultimo, anche PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, 2015, 169 ss.

¹⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, nuova ed., Livorno, 1834, 13 ss; sul pensiero del grande giurista lombardo cfr., da ultimo, seppure in diversa prospettiva, CADOPPI, perché il cittadino possa “... esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto”. *Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Ind. pen.*, 2015, 569 ss., nonché ID., *Cesare Beccaria, Jon Bessler, and the Birth and the modern criminal law*, in *University of Baltimore Journal of international law*, 2015, 3 ss.

4. In conclusione, il problema evidentemente risiede proprio nella mancata riforma dell'istituto della prescrizione, che ha condotto inevitabilmente il legislatore degli ultimi tempi ad aumentare indiscriminatamente il carico sanzionatorio di molti reati considerati di grave allarme sociale proprio nella convinzione, che sovente si trasforma in illusione, di evitare, allo spirare dei rituali tre gradi di giudizio, la “spada di Damocle” dell'intervenuta prescrizione, che fa sì che la giustizia penale, come a suo tempo ebbe ad affermare un illustre *ex*-magistrato, originariamente del *pool*/Mani pulite, il Dr. Gherardo Colombo, rischia di diventare una “giustizia che trita acqua”¹⁷. Il rimedio sarebbe forse più semplice di quanto si possa pensare giacché, se si condivide l'assunto per cui la prescrizione regola il tempo entro cui lo Stato deve processualmente agire¹⁸, e se si dimostra che, entro il termine dato, l'autorità giudiziaria ha emesso la sentenza di primo grado, ne dovrebbe conseguire, come del resto avviene nel modello francese, la sospensione del termine prescrizione, che dovrebbe riprendere a decorre se l'autorità giudiziaria, entro altro termine stabilito, non ha emesso la sentenza di secondo grado e così via, fino al terzo e definitivo grado di giudizio.

In tal modo si riuscirebbe ad ottenere una disciplina razionale della prescrizione e si eviterebbe, così, una continua rincorsa del legislatore all'aumento indiscriminato del carico sanzionatorio, che rischia di corrispondere, sovente, alle “grida” di manzoniana memoria.

¹⁷ COLOMBO, *Sulle regole*, Milano, 2008.

¹⁸ In argomento, per tutti, GIUNTA, MICHELETTI, TEMPORI *cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della durata ragionevole del processo*, Torino, 2003.