

LA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE PENALE E LA CERTEZZA DEL DIRITTO (*)

1. — Intendiamo trattare il tema della discrezionalità del giudice penale non in termini astratti di sociologia del diritto o di filosofia del diritto o di rapporto politico tra i poteri dello Stato, ma con riferimento al sistema giuridico in vigore, inteso non solo come complesso di norme scritte di diritto penale sostanziale e processuale, ma anche come stratificazione di criteri applicativi consolidati.

Una forte tentazione di trattare il problema da un punto di vista sociologico deriva dal progresso di quegli studi che sono raggruppati sotto il nome di sociologia del diritto e dai nuovi orientamenti della filosofia del diritto: la sociologia giuridica è alla ricerca di alcuni importanti «*perché*» della dinamica della evoluzione del diritto, sia come produzione e sviluppo delle norme formali, sia come applicazione pratica di esse nel vasto quadro delle interferenze delle forze sociali, economiche, culturali e politiche. La filosofia del diritto sta sviluppando alcuni filoni di pensiero che tendono a mettere in crisi il concetto della predominante forza della parola della legge e a dare un notevole peso all'opera dell'interprete. Il feticismo della norma scritta aveva avuto le sue origini nell'Illuminismo, che aveva elaborato il concetto della divisione dei poteri: il Montesquieu definiva il giudice come «*la bouche qui prononce les paroles de la loi*» e le teorie dell'interpretazione elaborate nel 1800 attribuirono al giudice la funzione essenziale di ricercare il senso della norma con criteri letterari e di logica formale, con sussidiari riferimenti storici e sistematici. Tuttavia, il divieto dell'analogia, in omaggio al principio «*nullum crimen sine lege*», ridusse in un certo modo la possibilità di ricorrere ai riferimenti sistematici e portò a dare prevalenza al testo normativo. La spiegazione storica di questa esasperata concezione formale sta nel fatto che prima della Rivoluzione francese il giudice era stato tradizionalmente espressione dei voleri del principe ed era in tal senso incorso in arbitrii, con disparità nel trattamento e con applicazioni persecutorie.

(*) Da *Atti dell'Incontro di Studio*, Roma, 20 maggio 1975.

Tra i filosofi del diritto si va sviluppando una tendenza opposta, che trova i suoi fautori in autorevoli studiosi, specialmente nella dottrina tedesca. Da un lato si pone in rilievo che l'interpretazione implica naturalmente la possibilità di una creazione di precetti sostenuti da sanzioni penali (Diltney sostiene che interpretare significa far violenza alla norma scritta, se l'interprete pretende di comprendere il testo meglio dell'autore), dall'altro si avvalorava l'affermazione che la cristallizzazione delle norme in leggi formali, richiedenti complesse procedure per la modificazione, esige un'opera di elaborazione da parte dell'interprete per l'adeguamento delle nuove esigenze della coscienza sociale. A ciò ha contribuito l'accresciuto potere del giudice di saggiare la costituzionalità delle leggi, che in Germania Federale si risolve in un controllo diretto di legittimità costituzionale (*Prüfungsgreent*), mentre nel nostro ordinamento è limitato ad una deliberazione di manifesta o non manifesta infondatezza.

2. — Questo atteggiamento della dottrina rispecchia uno stato d'animo collettivo che si è andato diffondendo specialmente negli ultimi decenni. In primo luogo si è avuta, specie in Italia, una proliferazione di leggi che ha creato effetti analoghi all'inflazione, sul piano della fiducia e del rispetto dell'autorità: accanto alle leggi disciplinanti settori di vasta risonanza sociale, se ne sono avute altre destinate a regolare situazioni di portata molto limitata, oltre alle leggi formali, senza valore normativo (approvazione di bilanci, finanziamenti, organici di uffici e simili). Il fenomeno è stato rilevato anche in altri paesi.

In secondo luogo, si sono avute norme palesemente contrastanti con la coscienza collettiva, come le leggi razziali in Italia, in Germania ed in qualche altro Stato: per la qual cosa si è dubitato della validità basilare di tutto l'ordinamento e si è detto da qualcuno che allo stato di diritto subentrava lo stato di antidiritto (*Unrechtstaat*).

Il correttivo è stato individuato nell'interpretazione libera del giudice, al quale dovrebbe essere affidato il compito di verificare la rispondenza tra il contenuto normativo della legge e i principi fondamentali dell'ordinamento, prima di applicarla al caso concreto. L'argomento viene di solito trattato fra i magistrati italiani sotto l'aspetto della «interpretazione evolutiva», in quanto si pone in risalto la necessità di adeguare la normativa alle esigenze dei tempi. Senonché il concetto di esigenze dei tempi è quasi sempre esagerato in virtù di componenti emotive, che risentono talora di reazioni passionali della pubblica opinione di fronte a fenomeni contingenti, talora di sentimenti personali del giudice. È evidente che in tal modo l'interpretazione viene ad assumere caratteri anormali, in quanto viene ad essere collegata a valutazioni contingenti di singoli e di gruppi e perde la sua funzione tipica, che è quella

di chiarire i precetti espressi dalle norme in relazione alle ipotesi astratte con riferimento non solo ai casi presenti, ma anche ai casi futuri. Tale anomalia è particolarmente visibile nell'interpretazione della norma penale, la quale configura «fattispecie» ben delineate, che possono trovare riscontro in situazioni di fatto non previste dagli autori della legge, ma esigono pur sempre una corrispondenza di elementi essenziali tratti dal significato corrente delle espressioni verbali usate.

Riteniamo che un concetto così deformato di interpretazione, portando ad una sovrapposizione del giudice alla legge, quale espressione della volontà degli organi cui spetta legiferare, sarebbe non solo politicamente pericoloso, ma in contrasto con il nostro ordinamento positivo, risultante soprattutto dalla Costituzione e sorretto dalle istituzioni giuridicamente consolidate. Non possiamo però fare a meno di sottolineare che il giudice deve da un lato tenere presente sempre lo spirito del sistema nell'orientare la propria interpretazione delle singole norme, anche nel campo penale, e dall'altro adeguare il significato delle espressioni testuali usate dal legislatore alla nuova semantica che le parole vengono ad assumere nei rapporti sociali riconosciuti dal diritto, anche se non disciplinati con specifiche leggi.

Si tratta di trovare limiti razionali all'interpretazione modernista, per evitare che essa trasmodi nella disapplicazione di precetti innegabilmente presenti nella legislazione positiva, in omaggio a principi generali affermati dall'ordinamento in maniera programmatica, o peggio in omaggio a principi generici desunti da certi modi di vedere i problemi sociali e di cogliere le reazioni collettive.

In questo discorso è opportuno prendere in considerazione alcune teorie che hanno trovato larga eco in dottrina, come quella della «adeguatezza sociale» e quella della «offensività o inoffensività» del comportamento. Esse rappresentano notevoli brecce nella concezione tradizionale dell'interpretazione e la dottrina penalistica italiana ha formulato molte gravi riserve, mentre la giurisprudenza non le ha mai accettate.

3. — Quanto si è detto non attiene strettamente al tema della discrezionalità del giudice, ma tocca alcuni aspetti che con esso hanno una attinenza molto maggiore di quanto possa apparire a prima vista ed è stato portato innanzi per chiarire il tema con riferimenti differenziali. Se il giudice dovesse acquisire il potere di controllare la rispondenza della legge alla coscienza sociale, sarebbe lecita l'illazione della interpretazione «individualizzata», cioè correlata al caso, in quanto è agevole rappresentarsi la possibilità che il giudicante cerchi di cogliere la reazione sociale non in relazione all'ipotesi astratta anche se specificata da alcune circostanze tipiche, ma in relazione alle peculiarità della situazione concreta venuta al suo esame. Il

giudice sarebbe integrato da considerazioni di opportunità, considerazioni che il principio di uguaglianza di trattamento penale non dovrebbe consentire.

Neppure sotto il profilo della legittimità costituzionale delle leggi dovrebbero esservi scappatoie. L'art. 23 della legge 11-3-1953, n. 87, lascia al giudice penale, così come a quello civile e amministrativo il potere di valutare se le questioni di costituzionalità proposte siano o non manifestamente infondate. Ma ciò in relazione al contenuto della norma nella sua previsione astratta, non in relazione alla sua rispondenza al caso concreto.

Del resto, il problema dell'interpretazione dovrebbe essere nettamente distinto da quello della discrezionalità, anche sotto il profilo della verifica di legittimità costituzionale delle leggi. Altro è il controllo di costituzionalità delle norme come comando generale ed astratto, altro è l'applicazione alla specie.

Un problema analogo è quello della interpretazione delle norme che lasciano «spazi in bianco» i quali debbono essere colmati dal giudice in base a valutazioni socio-culturali. L'esempio tipico è quello del delitto di atti osceni, ai sensi dell'art. 527, 528 e 529 cod. pen., e che cosa debba intendersi per opera d'arte e di scienza, ai sensi della disposizione eccezionale del capoverso dell'art. 529 cod. pen., non risulta, né può risultare dalla normativa espressa ma deve emergere da un apprezzamento culturale, condizionato dalla sensibilità morale e dalle cognizioni sulle esigenze artistiche e scientifiche del giudice. Tuttavia, nemmeno in questo campo si tratta di discrezionalità vera e propria, poiché al giudicante non è attribuito il potere di decidere secondo criteri di convenienza, con una scelta di soluzioni correlata alle peculiarità del caso in esame, ma gli è prescritto di dare una risposta di massima, senza alternative, ai quesiti che la legge gli pone circa il carattere osceno degli atti o delle cose del genere di quelli che deve esaminare o circa il valore artistico o scientifico delle opere di cui in concreto si tratta. È una valutazione di legittimità e non di opportunità, con il riflesso che la correttezza della sua risposta è sindacabile anche mediante il ricorso per cassazione.

4. — Un più puntuale carattere di discrezionalità si nota nell'ambito dell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche e nel giudizio di comparazione fra circostanze attenuanti e aggravanti.

Le attenuanti generiche sono applicate dal giudice con criteri che possono ben dirsi discrezionali, in quanto l'art. 62 bis del cod. pen. espressamente stabilisce che egli «può» prendere in considerazione circostanze «che ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena»: quindi, discrezionalità nel valutare le circostanze emergenti dalla situazione specifica per decidere da un lato se esse siano idonee a comportare una riduzione della pena edittale, dall'altro se in un

apprezzamento globale degli elementi oggettivi e soggettivi del reato e delle altre circostanze che lo accompagnano, sia opportuno procedere ad una simile riduzione.

La comparazione tra le circostanze ha anche in sé molto di discrezionale, poiché i criteri per attuarla non sono dettati da norme astratte ma debbano emergere, caso per caso, dagli elementi di fatto che caratterizzano il reato circostanziato. Occorre apprezzare il «peso specifico» delle singole circostanze e metterle a raffronto tra loro, e ciò non è possibile se non con criteri correlati al caso concreto, senza la possibilità di misurazioni predeterminate, quantificabili in termini matematici o con parametri riferibili ad ipotesi predeterminate concettualmente.

Non si può tuttavia parlare di discrezionalità pura, poiché l'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche e la comparazione tra le aggravanti e le attenuanti sono soggette al controllo di legittimità della Corte di Cassazione.

La situazione non è mutata dopo l'intervento delle modifiche apportate al D.L. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella legge n. 22 in data 7 giugno 1974, in quanto l'art. 6 del D.L. ha semplicemente esteso la comparabilità fra le circostanze a quelle inerenti alla persona del colpevole (imputabilità e recidiva) ed eliminato l'eccezione precedentemente stabilita per le circostanze che, secondo le norme penali speciali, portano alla determinazione della pena in maniera autonoma. Si tratta di innovazioni di grande portata pratica, per i riflessi che presentano nella irrogazione della pena in concreto, ma non si ha una modificazione basilare dei criteri di comparazione, che non diventano più discrezionali di quanto lo fossero secondo la normativa anteriore. Tuttavia hanno orientato l'attenzione sul problema dei poteri del giudice, avendoli ampliati in modo al quale non eravamo abituati. Gli effetti sul piano della discrezionalità si realizzano per l'ampliamento degli spazi entro i quali il giudice può muoversi nella commisurazione della pena, una volta esclusi quei limiti che erano imposti dai massimi e dai minimi edittali previsti per le ipotesi circostanziate di reati.

5. — Una profonda innovazione si nota invece nella nuova disciplina della recidiva, dettata dall'art. 9 del citato D.L. Nel testo modificato dell'art. 99 cod. pen. è sostituita la locuzione «soggiace ad un aumento di pena» con quella «può essere sottoposto ad un aumento», la qual cosa vuol dire che l'applicazione della recidiva è divenuta in ogni caso discrezionale (ciò è confermato anche dall'abrogazione dell'art. 100 cod. pen.). Il giudice quindi non deve più far corrispondere un aumento di pena ad una constatata situazione di recidiva in senso giuridico penale (precedente condanna, divenuta irrevocabile prima della commissione del nuovo reato), ma è tenuto a valutare, se a suo giudizio, la precedente condanna meriti di essere tenuta presente per

stabilire se il nuovo reato debba intendersi o non, aggravato dalla recidiva. Poiché non sono dettati criteri legali per una tale valutazione, il giudice è sostanzialmente libero di attingere gli elementi valutativi e dati specifici emergenti caso per caso sulla base di un apprezzamento etico-sociale, criminologico o addirittura di politica criminale. Rimane formalmente la possibilità di sindacato della Corte di Cassazione, ma un simile sindacato si riduce ad una verifica della motivazione, che consente soltanto di cogliere alcune pretermissioni di elementi di manifesta rilevanza o alcune assurdità di apprezzamento.

6. — Il campo nel quale si può cogliere la discrezionalità del giudice è quello della scelta delle misure applicabili alla specie e della loro commisurazione, sempreché non si tratti di misure fisse o proporzionali. L'art. 132 cod. pen. parla espressamente di «potere discrezionale» nell'applicazione della pena, stabilendo semplici limiti. La discrezionalità è più ampia nei casi in cui la norma penale commina sanzioni alternative (reclusione o multa, arresto o ammenda), ma è evidente ogni qualvolta al giudice è consentito di spaziare fra un limite minimo ed un massimo di pena detentiva o pecuniaria, spesso con intervalli notevoli.

Tale discrezionalità è ancora maggiore in quegli ordinamenti in cui il giudice può anche astenersi dal pronunciare condanne ed infliggere in luogo della pena comminata per il reato in astratto una misura di sorveglianza del genere di quelle previste nei sistemi anglosassoni a nome di «probation». Si tratta di un'alternativa molto maggiore di quella limitata alla scelta tra una sanzione detentiva e una pecuniaria, che trascende anche la portata della sospensione condizionale della pena. Il principio della individuazione della pena (o del trattamento penale).

7. — Un altro campo nel quale si riscontra un notevole potere discrezionale del giudice è quello della concessione dei benefici della sospensione condizionale della pena e dell'ordine di non menzionare la condanna nei certificati penali. Sia nell'art. 163, sia nell'art. 175 cod. pen., è detto che il «giudice può ordinare» che la pena resti sospesa nella sua esecuzione o che non si faccia menzione della condanna nei certificati penali. Nell'art. 175 è contenuto un riferimento alle circostanze indicate nell'art. 133 che manca nell'art. 163 cod. pen., ma nell'applicazione pratica i criteri di valutazione non divergono, come ha sottolineato la giurisprudenza.

Da alcuni studiosi si fa un raffronto tra la sospensione condizionale e il «probation system», in quanto l'una e l'altro sono espressioni di una valutazione benevola del fatto da parte del giudice e di un giudizio positivo di probabilità sul futuro recupero sociale dell'autore del reato. In effetti i due istituti hanno punti di contatto notevoli, se non sul piano strettamente giuridico, su quello penologico, trattandosi nell'uno

e nell'altro caso di misure di trattamento della criminalità intese a operare psicologicamente sull'individuo al fine di evitarne la ricaduta nel reato, senza farlo passare per la dolorosa esperienza dell'esecuzione di una pena.

Simile discrezionalità si ha nella concessione del perdono giudiziale in favore degli autori di reati di età inferiore ai 18 anni, poichè l'art. 169 cod. pen. attribuisce al giudice la facoltà di astenersi dal pronunciare condanna, o addirittura dal rinviare a giudizio, sulla base dei criteri indicati nell'art. 133 cod. pen.

8. — Oggi si può estendere il discorso anche alla liberazione condizionale, dopo che essa ha perduto il carattere di un beneficio accordato dal Ministro (per effetto della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 delle Disposizioni di attuazione del Cod. proc. pen.) ed è oggetto di provvedimenti giurisdizionali, giusta la legge 12 febbraio 1975, n. 6. Invero, l'art. 176 Cod. pen. prevede che il condannato «può essere ammesso alla liberazione condizionale» ove ricorrano talune condizioni di carattere generale, tra cui la possibilità di un giudizio positivo sul suo ravvedimento.

Per la riabilitazione, la discrezionalità è meno evidente, poichè l'art. 179 cod. pen. non dà al giudice una mera facoltà di concederla ma la subordina a condizioni che sono suscettibili di verifica sul piano della legittimità.

9. — Di discrezionalità non è lecito parlare, invece, nel campo della valutazione della prova. È vero che nel nostro sistema vige il principio del libero convincimento del giudice, ma l'uso che il giudice di merito può farne è sottoposto a controllo di legittimità. Anche quando si tratta di prova indiziaria tale controllo è possibile sia per quel che riguarda la provenienza degli indizi (fonti di prova), sia per quel che riguarda la loro pertinenza e la loro consistenza probatoria. L'esperienza giudiziaria insegna come sia difficile procedere ad un siffatto controllo, soprattutto per l'impossibilità di stabilire «a priori» parametri validi a definire il livello al di sopra del quale si può parlare di veri e propri indizi ed a valutare la loro pertinenza e la loro significatività, sia che li si prenda in considerazione singolarmente sia che li si ponga in raffronto gli uni con gli altri. Alcune volte il profano è indotto a domandarsi se esistano parametri razionali al riguardo. Simili perplessità sorgono anche, e con maggiore evidenza, nell'applicazione delle norme (non di carattere penale) in cui si parla di «indiziati», come è nell'art. 1 della Legge 31 maggio 1965, n. 575.

10. — La discrezionalità si manifesta anche nel campo processuale penale. Così è anzitutto in materia di riunione e di separazione di giudizi (art. 413 e 414 cod. proc. pen.), essendo prevista la facoltà del

giudice («può») di riunirli o di separarli, in presenza di certe condizioni. In tema di connessione, non dovrebbe esservi posto per la discrezionalità, ma la pratica giudiziaria fa pensare che spesso abbiano il loro peso considerazioni di opportunità nel far entrare in un procedimento cumulativo alcuni reati e non altri. Rende alquanto perplessi la disposizione del secondo comma dell'art. 46 cod. proc. pen., che consente al giudice di separare i procedimenti quando occorranzo ulteriori indagini per alcuni reati e «sussistono particolari motivi» per procedere distintamente: anche in questa norma si nota una espressione («può provvedere») che lascia intravedere una certa discrezionalità.

La materia nella quale la discrezionalità è più palese è quella dell'adozione delle misure di coercizione processuale. Soprattutto nei casi in cui il mandato di cattura è previsto facoltativamente, al giudice è lasciata amplissima possibilità di valutazione; e l'esercizio del relativo potere discrezionale da parte del giudice è stato ed è in parecchi casi giudiziari, oggetto di discussioni critiche fuori della dialettica giudiziaria. Così pure in materia di concessione della libertà provvisoria, specialmente dopo la modificazione dell'art. 277 cod. pen. in virtù della legge 15 dicembre 1972, n. 773. In questo settore, un'altra forma di attività discrezionale consiste nella possibilità di accompagnare la libertà provvisoria con misure cautelari, quali la cauzione e la malleveria e la sottoposizione a limitazioni dell'attività personale: anche nell'art. 282 cod. proc. pen., infatti, si dice che il giudice «può adottare o non tali misure o modularle secondo criteri prudenziali non definiti». Anche in caso di scarcerazione per scadenza del termine di custodia preventiva al giudice è lasciato il potere discrezionale di applicare analoghe misure.

11. — Questa più ampia discrezionalità del giudice impone al magistrato nuovi impegni e nuove responsabilità. È un argomento che negli ultimi anni ha formato oggetto di incontri di studio, di congressi e di discussioni scientifiche a vari livelli: anche il «Comité Européen pour les problèmes criminels» se ne è occupato qualche anno fa in uno dei suoi sottocomitati, nel seno del Consiglio d'Europa. L'ampliamento dei poteri del giudice in materia ha avuto vari riflessi nel comportamento dei magistrati italiani, abituati tradizionalmente ad applicare una normativa rigida, che lasciava poco spazio alla discrezionalità. In passato, si era formata una prassi lassistica, che portava il giudicante a ricorrere talora ad espedienti logici per disapplicare alcune circostanze aggravanti allorché le pene comminate sembravano troppo severe e ad attenersi quasi sempre ai minimi edittali nella commisurazione delle pene. Tale prassi ha avuto talvolta eco anche dopo l'entrata in vigore della nuova normativa, in quanto nei giudizi di comparazione tra aggravanti ed attenuanti troppo spesso, senza

ragione, si è preferito dare la prevalenza alle seconde e nell'applicazione della recidiva si è preferito escluderla. Speriamo che si formi un orientamento più consapevole e più equo, che tenga meglio conto della reazione sociale a certe forme di criminalità e valga a realizzare una più efficiente difesa della società contro il fenomeno della delinquenza inteso sia come manifestazione di disadattamento individuale alle regole della vita collettiva, sia come fenomeno di massa, in una migliore visione di più alta giustizia.