

LE MISURE ALTERNATIVE NEL QUADRO DELLE SANZIONI PENALI

ALESSANDRO MALINVERNI (*)

SOMMARIO: 1. - Il problema. — 2. - Origini e tipi di misure alternative. — 3. - Il disegno di legge n. 1799 del 1977. — 4. - Insuccesso delle preesistenti misure e programma di riforme. — 5. - Principio di legalità e principio di giurisdizione. — 6. - Principio di funzionalità. — 7. - Coordinamento fra i tre principi. — 8. - Tavola delle classi di reati. — 9. - Indici della personalità dell'autore. — 10. - Tavola degli indici della personalità. — 11. - Tavola delle direttive. — 12. - Giurisdizione e amministrazione. Diritto e scienze integrative.

1. — La categoria generale delle « sanzioni penali » comprende, fra altre, le « misure alternative » al carcere. Di queste oggi si discute.

I problemi che concernono dette misure sono comuni a quelli di tutte le altre pene, criminali e non criminali: essi derivano, essenzialmente, dalla necessità di rispettare i noti principi di legalità, di giurisdizione e quello, organizzativo, di « attuabilità » o « funzionalità », nonché dalla esigenza di coordinare fra loro i tre principi predetti. La presente relazione tende a fornire criteri generali per un progetto organico di riforma globale da attuarsi mediante gradualità e limitate riforme parziali.

2. — Le « misure alternative » non sono una recente conquista della moderna società. Se guardiamo verso le origini della pena, nel diritto romano, vediamo che per i reati più gravi, detti « crimina » era prevista una sola sanzione, la morte; mentre per gli altri reati, denominati *delicta*, la pena aveva essenzialmente il carattere di un compenso che riparava l'offesa

(*) Ordinario di diritto penale nell'Università di Torino. Vice Presidente dell'Associazione Italiana Giuristi.

arrecata. Le « alternative » concernenti la pena capitale riguardavano solamente le modalità, più o meno tormentose, che precedevano o accompagnavano l'esecuzione. Il carcere non era una pena a sè stante ma soltanto il mezzo per assicurare che l'accusato fosse presente al processo e che la pena potesse venire eseguita in caso di condanna. Le prime e antiche sanzioni veramente alternative alla pena di morte furono la perdita di tutti i diritti e l'esilio. Il carcere, quale sanzione alternativa alla pena capitale, è di origine relativamente recente. Le misure alternative al carcere, quali la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale e la liberazione condizionale, sono state introdotte in Europa soltanto nella seconda metà del secolo scorso. Già da lungo tempo, però, sanzioni alternative alla pena della morte erano previste da usi, leggi o statuti, ad esempio per gli *honestiores* rispetto agli *humiliores* e, successivamente, per i nobili ed il clero rispetto al popolo ed ai laici. Nel codice penale del 1930 il compromesso fra la scuola classica e scuola positiva è stato realizzato ponendo a fianco delle pene tradizionali aventi carattere retributivo (artt. 18-27 cod. pen.) le « misure amministrative di sicurezza » (artt. 215 e segg. del cod. pen.), con funzioni di prevenzione speciale *post delictum*. Lo stesso codice ha inoltre previsto « pene accessorie » (art. 19 cod. pen.), che hanno anche esse una preminente funzione preventiva speciale. Altre « misure » di prevenzione speciale e, questa volta, *ante delictum* nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità sono state introdotte nel 1956 (legge 27 dicembre 1956, n. 1423 modificata dalla legge 22 novembre 1967, n. 1176) e parzialmente estese agli « indiziati di appartenere ad associazioni mafiose » (legge 31 maggio 1965, n. 575) nonché ad altre categorie di soggetti pericolosi (legge 22 maggio 1975, n. 152). Le misure di « trattamento » previste dalle leggi di riforma dell'esecuzione penitenziaria (legge 26 luglio 1975, n. 354 modificata con legge 12 gennaio 1977, n. 1, D.M. 4 maggio 1977, D.P.R. 24 maggio 1977, n. 339, legge 20 luglio 1977, n. 450 e regolamento D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) sono anche esse « misure alternative ». La liberazione condizionale, già prevista dal codice penale del 1930 (artt. 176, 177) e di cui è stato modificato in seguito il solo regime processuale (legge 12 febbraio 1975, n. 6), dovrebbe venire sistemata in questa categoria di provvedimenti. Il quadro si è ampliato con le disposizioni contenute nel disegno di legge n. 1799 (Camera dei deputati,

seduta 18 ottobre 1977) che prevede la depenalizzazione (già attuata in altri settori: legge 3 maggio 1967, n. 317 in materia di circolazione stradale; legge 24 dicembre 1975, n. 706 in materia di contravvenzioni punite con l'ammenda) di una categoria di reati minori, e sanzioni sostitutive di pene detentive brevi (oltre l'estensione della perseguibilità a querela l'aumento di sanzioni afferenti a taluni reati). Le misure cautelari di ordine processuale *post delictum*, alternative alla carcerazione preventiva, previste nel progetto preliminare di riforma del codice di procedura penale (artt. 269-277), ampliano ulteriormente la categoria dei provvedimenti in esame.

Si delineano cinque categorie di sanzioni, formate in base ai criteri della funzione, del carattere dei soggetti e delle fasi processuali in cui le sanzioni vengono applicate:

- misure con funzione preventiva nei confronti dei soggetti pericolosi, da applicare prima che sia commesso il reato (*ante delictum*);
- pene con funzione essenzialmente retributiva applicabili ad autori di reati (*post delictum*);
- misure applicabili in fasi processuali antecedenti al giudizio, misure applicabili in giudizio e misure applicabili nel corso dell'esecuzione penitenziaria;
- misure detentive e misure diverse dalla detenzione;
- misure sostitutive di quelle penali, conseguenti alla depenalizzazione di fatti di reato, ed aventi pertanto carattere amministrativo o civile.

3. — Le « misure alternative » alle pene detentive brevi, previste dal disegno di legge n. 1799 arricchiscono l'arsenale dei provvedimenti di cui il giudice può disporre, in alternativa con la semplice sospensione condizionale della pena e con il perdono giudiziale. Dette nuove misure alternative assumono una posizione intermedia fra la sospensione dell'esecuzione della pena (detentiva) e l'esecuzione della pena stessa.

Ulteriore caratteristica delle misure alternative in esame è nel fatto che esse, pur avendo contenuto non molto lontano da quello delle misure alternative previste dalla legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, si differenziano da queste perché sono applicate nel giudizio e non nel corso dell'esecuzione penitenziaria.

La depenalizzazione dei reati di minima gravità, pure prevista dal disegno di legge in esame, a sua volta, si pone a fianco dei precedenti provvedimenti di depenalizzazione e, quindi, amplia questo settore di illeciti e restringe quello dei reati.

4. — Le « misure di sicurezza » previste dal codice penale del 1930, hanno fallito al loro dichiarato scopo di prevenzione speciale. Le presunzioni assolute di pericolosità previste dal codice, che rendono automatica l'applicazione delle misure di sicurezza in dipendenza della sola gravità del reato (art. 204 cod. pen.) avevano già ridotto l'ambito degli accertamenti sulla effettiva pericolosità dei singoli soggetti. Le modalità di esecuzione della pena, in stabilimenti non dissimili da quelli di espiazione delle pene detentive tradizionali, hanno fatto delle misure di sicurezza personali, previste per i soggetti capaci di intendere e di volere, uno strumento di duplicazione delle pene detentive. I manicomi criminali e le case di cura e di custodia previste per i soggetti incapaci od a capacità diminuita sono notoriamente luoghi nei quali ciò che rimane della già compromessa personalità psichica del soggetto, viene distrutto.

Le misure di prevenzione speciale *ante delictum*, come eseguite sino a tempi non lontani, hanno probabilmente giovato più alla diffusione delle organizzazioni criminali che alla difesa della società. La loro pecca, sotto il profilo giuridico, è di avere presupposti (interpreti aiutando) in situazioni di mero sospetto e, quindi, di trasferire sul piano della prova problemi concernenti le « fattispecie » di illeciti e di abbattere una delle più importanti garanzie di libertà del cittadino: il principio *in dubio pro reo*.

Il « trattamento » in detenzione previsto dalla legge di riforma dell'esecuzione penitenziaria, e in particolare gli istituti della prova, della semilibertà, della liberazione anticipata e della libertà vigilata, per mancanza di personale e strutture, hanno avuto sporadica e irregolare attuazione; l'istituto della licenza i cui presupposti lasciavano al magistrato una « discrezionalità legislativa » ha dato luogo a pesanti critiche. L'impossibilità di applicare razionalmente le nuove misure e l'aumento della criminalità, hanno creato un clima di controriforma.

Il disegno di legge n. 1799, col trasferire l'applicabilità di misure alternative dalla fase dell'esecuzione penitenziaria alla fase del giudizio, tende a correggere questa inversione di mar-

cia; e, col limitare le misure ai casi di pene detentive brevi, mira a rendersi accetto anche dall'opinione pubblica.

Detto disegno di legge, però, è stato accolto con riserve. Si afferma che esso non costituisce una riforma globale ed organica della intera materia, mentre tale riforma viene ritenuta necessaria, specialmente a causa delle profonde modificazioni intervenute nella società; e, quindi, dovrebbe estendersi alla parte speciale del codice penale, al codice di procedura penale, alla pur recente legge di riforma dell'esecuzione penitenziaria, all'ordinamento giudiziario e (si può aggiungere per tentare di completare l'immenso quadro) all'ordinamento forense, all'ordinamento delle forze di polizia ed alle strutture di assistenza sociale.

La vagheggiata « riforma globale », però, trova gravissimi ostacoli, da un lato nelle attuali contingenze della economia nazionale e, dall'altro, in difficoltà tecniche sormontabili solamente mediante un lungo lavoro. Le riforme parziali sono utili perché consentono di introdurre le innovazioni mano a mano che mezzi materiali e personale preparato si rendono disponibili; e, inoltre, consentono di collaudare nella pratica giudiziaria singoli istituti. Condizione necessaria, però, è che le riforme parziali siano elementi di un progetto generale ed organico accuratamente elaborato. A questo fine gli studiosi possono offrire qualche contributo.

5. — Le sanzioni di tipo punitivo o preventivo si risolvono normalmente in provvedimenti che incidono sui diritti soggettivi del cittadino e, in particolare, su diritti patrimoniali o di libertà, riconosciuti già a livello costituzionale (artt. 13 e 23 Cost.). Conseguenza la necessità che dette sanzioni vengano applicate con garanzie per il cittadino, i cui diritti non possono essere diminuiti se non quando ricorrono i presupposti fissati dalla legge; e per la società, la cui difesa contro coloro che ledono o mettono in pericolo beni di fondamentale valore deve essere assicurata.

Le classiche garanzie sono date dal principio di legalità e dal principio di giurisdizione. Il primo riguarda il diritto sostanziale e si articola nella riserva di legge (prevista per le sanzioni penali, art. 25/2 Cost.), nella « determinatezza » delle fattispecie (che devono essere strettamente delimitate appunto per rendere operante il principio di legalità, artt. 1 e 199 cod. pen.), e

nella irretroattività della legge punitiva (art. 25/2 Cost.) che lascia spazio alla retroattività delle leggi penali più favorevoli all'imputato (art. 2/3 cod. pen.). In particolare, la « determinatezza » dei presupposti delle misure penali consente la « certezza » del diritto; e questa, a sua volta, assicura l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 3 Cost.) non solo a livello di formazione normativa, ma anche a livello di applicazione giudiziaria.

Il principio di giurisdizione è di ordine processuale e, a sua volta, ha due aspetti, l'uno esterno e l'altro interno al processo. L'aspetto esterno al processo è nell'imparzialità del giudice. L'indipendenza da ogni altro potere politico, che viene garantita alla magistratura (artt. 104-108 Cost.) costituisce solamente un mezzo per assicurare l'imparzialità. Questa, a sua volta, si collega necessariamente alla soggezione del giudice alla legge. La formula della disposizione costituzionale (art. 101 Cost.) se da un lato ribadisce l'indipendenza della magistratura da ogni altro potere, dall'altro afferma la sua dipendenza dalla legge. Che le sentenze debbano essere pronunciate in nome del popolo italiano (art. 148/2 cod. proc. pen.) non è mera clausola di stile, ma conferma il riconoscimento, da parte dei giudici, della sovranità del popolo esercitata per mezzo dei rappresentanti da esso eletti e verso di esso politicamente responsabili (art. 1/2 Cost.).

Il secondo aspetto del principio di giurisdizione, interno al processo, viene permeato dalla imparzialità del giudice ma si esprime nei diritti della difesa e si articola negli istituti della contestazione, del contraddittorio, della assistenza legale e tecnica ed in quello delle impugnazioni (art. 24/2 Cost.).

La generica garanzia della giurisdizione è comune a tutti i tipi di procedimento in cui si accerta l'esistenza di fatti illeciti la cui conseguenza giuridica è costituita da sanzioni. Detta garanzia ha contenuti più o meno ampi a seconda del regime politico esistente, ed a seconda del tipo di illecito che viene esaminato: quanto più l'ordinamento dello Stato dà spazio alla libertà politica, tanto più la libertà prevale sull'autorità e, quindi, tanto maggiori sono le garanzie giurisdizionali; quanto più il regime politico ha carattere totalitario, tanto più l'autorità prevale sulla libertà e, quindi, tanto minori sono le garanzie giurisdizionali riconosciute ai cittadini; e ciò perché, diminuendo dette garanzie, si aumentano le possibilità da parte di chi

detiene il potere politico di influire sulle decisioni giudiziarie, ed ottenere che anche il processo penale divenga un *instrumentum regni*.

Nel processo penale, l'esigenza di garanzie giurisdizionali sembra connaturata alla materia. Il processo penale di tipo accusatorio diviene sicura espressione dei regimi di libertà politica; la trasformazione del processo penale in tipo inquisitorio è segno che il regime politico si sta tramutando in direzione totalitaria. Nel processo civile, la garanzia dell'imparzialità del giudice continua ad essere vivissima e le garanzie interne vengono conservate. Però, trattandosi di materia che attiene ai rapporti fra privati, ed essendo le conseguenze giuridiche essenzialmente di ordine patrimoniale, la possibilità di fare del processo civile un mezzo di dominio politico è stata minore.

Nell'ambito del diritto amministrativo occorre distinguere fra processi giurisdizionali e procedimenti non giurisdizionali. Nei primi le garanzie della giurisdizione rimangono più vive ed operanti (artt. 102, 103 ss. Cost.); nei secondi viene lasciato più largo spazio alla discrezionalità degli organi pubblici e, quindi, si possono creare posizioni di fatto simili a quelle derivanti dal principio di autorità. Il principio di imparzialità della amministrazione risulta però imposto in linea generale a livello organizzativo (art. 97 Cost.) e, quindi, a maggior ragione, deve essere riconosciuto anche a livello funzionale, in qualsiasi tipo di procedura.

Allorché il fatto per cui si procede ha carattere di illecito e le sue conseguenze giuridiche consistono in sanzioni che diminuiscono diritti soggettivi del cittadino, o lo privano di essi, il nostro ordinamento prevede sempre garanzie di tipo giurisdizionale. Anche nei procedimenti disciplinari di dipendenti dello Stato, come di altri enti pubblici o privati, ovvero appartenenti ad ordini professionali e consimili, dette garanzie sono assicurate (es. D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 t.u. delle disposizioni concernenti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato, artt. 91-123, relativi al procedimento disciplinare; legge 20 maggio 1970, n. 300 Statuto dei lavoratori, art. 7 relativo alle sanzioni disciplinari).

6. — Il principio di funzionalità non ha ancora acquistato diritto di cittadinanza nel mondo dei giuristi. In verità si tratta di un principio organizzativo che, perciò, sembra estraneo al

diritto. Esso, però, non soltanto ha importanza pratica fondamentale, ma è essenziale anche per la costruzione del diritto.

Le leggi non si propongono di offrire ai professori di materie giuridiche il pretesto per torturare gli studenti nè di dare a giovani dabbene l'occasione per scrivere libri che consentiranno loro di vincere concorsi; e neppure di istigare gli studiosi a scrivere opere incomprensibili, che del resto nessuno si prende la briga di leggere. Le leggi hanno lo scopo, banalmente pratico, di ottenere che i cittadini tengano determinati comportamenti. Esse sono uno dei tanti strumenti di controllo sociale.

Naturalmente il legislatore deve anzitutto avere scelto, fra le innumerevoli esigenze che urgono in ogni società moderna, quelle di maggiore importanza, che ritiene debbano meglio essere soddisfatte. Operata questa scelta, il problema della attuabilità è, da un lato, tecnico e, dall'altro, economico. Sotto il profilo tecnico, si tratta di escogitare i mezzi e le modalità idonee a conseguire il risultato pratico voluto, e ciò nel quadro delle altre esigenze e in armonico coordinamento con le altre normative. Sotto il profilo economico, si tratta di tener presente il costo della organizzazione dei mezzi e del personale, rispetto alle disponibilità esistenti e di quelle che sarà possibile reperire.

Se il legislatore non tiene conto del principio di funzionalità, anziché leggi, scrive libri dei sogni. Esempi di tale letteratura si colgono a piene mani anche nella recente storia della nostra legislazione.

Il principio di funzionalità, però, non riguarda soltanto il legislatore, ma anche il giurista. Riconosciuto che la legge ha funzioni pratiche, il giurista non può considerare la legge in se stessa, dopo aver tagliato le radici storiche da cui essa trae origine e riceve nutrimento, e le fronde per mezzo delle quali essa vive nella società. Il giurista, in altre parole, non può considerare le disposizioni di legge come oggetti da studiare senza tener conto della loro funzione pratica. Se il giurista non tiene conto di questa funzione, esclude arbitrariamente una parte del suo oggetto di studio, mutila la legge, non può più interpretarla correttamente, si pone nella impossibilità di costruire il diritto, non fa opera di scienziato.

7. — Le due prime esigenze che abbiamo considerato, e che trovano espressione nei principi di legalità e di giurisdizione, hanno carattere garantistico, nel senso che tendono ad assicurare

al cittadino ed alla società una corretta applicazione della legge. La terza esigenza, di funzionalità, ha carattere politico e tende ad eliminare mali esistenti e far avanzare rimedi. Gli obiettivi di questi due gruppi di esigenze sono diversi e quindi possono trovarsi, e molto frequentemente sono, in contraddizione tra loro. I mezzi e i metodi che meglio servono per attuare il principio di giurisdizione, non di rado costituiscono dei veri ostacoli alla eliminazione dei mali esistenti ed alla introduzione dei rimedi escogitati. Il diritto di guerra, che legittima rappresaglie e decimazioni, è senza dubbio molto funzionale; un regime assoluto retto da uno stato di polizia che crei un'atmosfera di terrore, rende molto difficile non soltanto la vita degli oppositori, ma anche la criminalità comune. Uno Stato a livello civile, però, deve contemperare le esigenze di funzionalità con quelle che garantiscono i diritti dei cittadini.

La soluzione del problema è nel formare, da un lato, una graduatoria delle esigenze che si vogliono soddisfare, cioè delle funzioni a cui le diverse leggi devono assolvere; e, dall'altro, una graduatoria delle garanzie utilizzabili. Il confronto fra l'importanza delle esigenze da soddisfare e quella dei diritti da garantire, consente di decidere se, in quale misura e con quali accorgimenti è possibile trovare un punto di equilibrio, fra le une e le altre, cioè una armonizzazione fra i differenti valori in gioco.

8. — Il coordinamento fra il principio di legalità e il principio di funzionalità presenta gravi difficoltà giuridiche e tecniche, ma scarsi intoppi di origine economica.

Al già esorbitante numero di fattispecie di reati previste dal codice penale del 1930 (pesantemente influenzato dallo spirito analitico del Rocco) si è aggiunta una smisurata legislazione speciale che, nella convinzione di assicurare l'osservanza delle disposizioni è ricorsa con molta facilità alla minaccia di pene criminali. Nessuno è ancora riuscito a fare il preciso conto di tutte queste fattispecie, ma persone competenti parlano di circa 50.000 figure di reato. Il solo elenco dei reati depenalizzati in base al disegno di legge n. 1799, pare che occupi 50 cartelle. Tutto questo minuto materiale è impossibile da dominare. Non si possono, cioè, contemporaneamente tenere presenti nella mente tante e così diverse fattispecie di reati, con la coorte delle

circostanze generali e speciali, in tutte le loro combinazioni possibili, al fine di formarne una graduatoria.

Si rende necessario, anzitutto, raggruppare questa enorme massa di fattispecie in classi omogenee in base a criteri uniformi. Le classi di reati così formate potranno essere poi disposte secondo un ordine di importanza, anche esso costruito secondo criteri uniformi. Al termine di questo lavoro si otterrà un limitato numero di classi di reati disposte in ordine di gravità a ciascuna delle quali potrà essere attribuita una qualificazione. La materia, a questo punto, sarà divenuta dominabile da chi deve applicare la legge a singoli casi.

Il criterio normalmente usato dal legislatore per classificare i reati si basa sulla misura della pena edittale. Talvolta viene assunta la pena massima, talvolta la pena minima e in altre occasioni si considerano entrambi i limiti.

Il vantaggio di questo criterio è nella sua semplicità e certezza. Il suo difetto è però duplice. Le leggi vengono elaborate e promulgate in diverse epoche. Ognuna di esse riflette valutazioni contingenti. La società continua a mutare e, con essa, i parametri che servono a formulare i giudizi di valore. Una classificazione ed una graduatoria basata sulla misura edittale della pena di tutte le leggi vigenti effettuata oggi, non terrebbe alcun conto le variazioni verificatesi nei criteri di valutazione durante il corso degli anni trascorsi fra l'epoca di formazione delle leggi e i giorni nostri. Il pericolo di far entrare nella stessa classe figure di reato che un tempo sembravano assai gravi e che oggi vengono considerate lievi, ovvero figure di reati che oggi sono ritenute molto gravi mentre un tempo apparivano di scarso rilievo, è elevato.

Il secondo difetto è che non esiste un parametro al quale riferirsi per stabilire la qualità e la misura della pena da minacciare o da applicare per singoli reati e rei. Se si confrontano le pene edittali previste dal codice italiano del 1930 con quelle di altri codici europei si constateranno differenze così grandi da sembrare inspiegabili (ad es. il codice penale italiano, all'art. 575 prevede, quale pena per il reato di omicidio volontario non aggravato, la reclusione non inferiore ad anni ventuno; il codice penale svizzero del 1942, all'art. 111 prevede, per lo stesso reato, la pena della reclusione non inferiore ad anni cinque). Il maggiore o minore impiego dei soli istituti del *parole* (o liberazione condizionale assistita) e del *probation* (o sospen-

sione condizionale assistita) e in genere le più o meno ampie modificazioni della pena nel corso dell'esecuzione penale, nei diversi Paesi, introducono differenze ancor più notevoli fra la qualità e la misura delle pene che, per lo stesso fatto, vengono scontate.

Al criterio della qualità e quantità delle pene edittali attualmente previste, sembra dunque dover essere sostituita una nuova valutazione delle fattispecie di reato, con riferimento al tipo di esso, ed in base a giudizi coerenti con l'attuale costume. Intendendosi per costume il sistema di valori riconosciuti da una pratica generale, costante e consolidata nel tempo. Il che esclude la possibilità di contrabbandare per costume sia l'ideologia di un partito o i principi morali o religiosi di gruppi particolari sia gli sbandamenti provocanti reazioni emotive temporanee o da andazzi transitori.

Oggetto delle nuove valutazioni è la « qualità » dei reati. Essa ha per oggetto, anzitutto, il vecchio ma intramontabile « bene giuridico » tutelato mediante la minaccia di pena (ovvero l'insieme di beni che lo costituiscono); e, inoltre, il valore della condotta; il valore delle circostanze oggettive comuni o speciali; e gli altri elementi oggettivi che attengono alla gravità della lesione o della messa in pericolo del valore tutelato.

Le categorie così formate, desunte dall'esame di tutte le fattispecie di reato attualmente esistenti nell'ordinamento, devono avere carattere « aperto ». E ciò in un duplice senso: nel senso di essere aperte a nuove fattispecie di reati di creazione legislativa, e nel senso di consentire lo spostamento di figure di reato da una classe all'altra, in relazione al mutare del costume. Il carattere « aperto » delle categorie servirà poi ad ovviare a dimenticanze ed errori che quasi certamente i compilatori delle categorie e della loro graduazione commetteranno. In altre parole le fattispecie incluse nelle diverse categorie, avranno carattere esemplificativo e non tassativo, e non saranno vincolanti. Nel formulare nuove fattispecie, poi, il legislatore dovrebbe designare, sempre a titolo indicativo e mai vincolante, le classi di reati in cui esse vengono inserite.

9. — In forza del principio di legalità, si impone sempre la necessità di precisare, in fattispecie ben delimitate, a fianco dei reati e delle relative loro classi, gli « indici della personalità dell'autore ».

Nel 1930 l'art. 133 cod. pen., era stato salutato da un coro di lodi, in cui si inneggiava alla sua funzione di « chiave di volta » dell'intero sistema. In verità l'art. 133 era norma a doppio servizio perché destinata a fornire al giudice sia i criteri per determinare la « capacità a delinquere » del reo al fine di stabilire la qualità e la misura della pena giudiziale, sia i criteri per individuare la « pericolosità » dell'autore allo scopo di precisare le misure di sicurezza (art. 203 cod. pen.).

La disposizione in esame, però, contiene principalmente un elenco di « fatti ». Le parole scritte nell'art. 133 non tentano neppure di dare ai fatti una qualificazione, ma semplicemente li elencano nella loro essenza naturalistica (es. « natura », « specie », « mezzi », « oggetto », « tempo », « luogo », « motivi », « carattere », « precedenti », « condotta », « condizioni di vita »). Il filosofo direbbe che la disposizione in esame è uno dei tanti sterili frutti della « fallacia naturalistica ». I « fatti », come le « cose », non indicano di per sé il proprio valore. Un giudizio di valore sui fatti o sulle cose può essere dato solamente se essi vengono confrontati con un parametro che precisi il criterio di stima da adottare. Il legislatore, con l'indicare i « fatti » o le « cose » confonde l'oggetto da valutare con i criteri in base ai quali valutarlo e si illude che, enunciando l'uno, automaticamente venga indicato l'altro. Il riferimento a criteri di valore, espresso da alcune altre parole dell'art. 133 cod. pen., quali la « gravità » del reato, del danno, del pericolo, come la « intensità » del dolo e il « grado » della colpa, è così generico da consentire le soluzioni più disparate. Nè il richiamo ai fatti nè l'aggettivazione di essi adottata dalla disposizione in esame, da soli, rispettano il principio di legalità nel suo aspetto della « determinatezza ».

10. — Dal sistema del codice e delle leggi penali si ricava con certezza che le « pene » hanno una pluralità di funzioni. Fondamentalmente coesistono due scopi: il primo è di ostacolare materialmente la commissione di nuovi reati, ovvero di prevenirli mediante intimidazione; il secondo scopo si propone il recupero del soggetto alla vita associata, e ciò mediante il dosaggio delle frustrazioni e delle gratificazioni che da millenni servono per educare gli uomini. Le « misure amministrative di sicurezza » previste dal codice del 1930, non impegnavano l'amministrazione degli istituti di prevenzione in un'opera attiva

che agevolasse l'esaurirsi della pericolosità del soggetto; le misure alternative previste dalla riforma dell'esecuzione penitenziaria del 1975, nel quadro del « trattamento », si prefiggono principalmente la rieducazione del soggetto e, quindi, impegnano gli organi amministrativi e giudiziari ad assumere iniziative ed a svolgere attività in tale senso.

La Costituzione stabilisce che « le pene devono tendere alla rieducazione del condannato » (art. 27/3). Però questa proposizione sottintende, da un lato, che anche la non irrogazione della pena (quale la sospensione condizionale e il perdono giudiziale) e cioè una misura premiale, si può proporre la stessa finalità; e, dall'altro lato, lascia spazio alla funzione della difesa sociale a cui le pene devono pur sempre assolvere, e che, in questo caso, è parte della « Costituzione materiale » non scritta ma ugualmente esistente fra le righe della « Costituzione formale ».

Le misure che meglio servono alla difesa contro la pericolosità del soggetto ed alla prevenzione generale mediante intimidazione, però, sono di solito dannose ed anche deleterie ai fini pedagogici, diminuiscono od anche annullano l'efficacia intimidativa delle pene nei confronti della generalità dei cittadini. Cosicché si ripropone, anche in questo settore, l'esigenza di coordinare le due difformi esigenze. Per riuscirvi, è necessario disporre di un vasto arsenale di misure e adottare, per ciascun soggetto autore di reato, la misura che meglio assolve, nel caso specifico, alla funzione prevalente e che meno sacrifica a quella subordinata.

La chiave del problema è dunque nel disporre una graduatoria delle funzioni, in rapporto alla personalità del soggetto ed alla gravità del reato compiuto. A sua volta, la personalità del soggetto deve essere considerata nei suoi due fondamentali aspetti, della pericolosità e dell'adattamento sociale. Sarebbe grave errore ritenere che l'accertamento di un tipo di pericolosità implichi senz'altro l'esclusione di ogni tipo di adattamento sociale, e viceversa. Sia la pericolosità sia l'adattamento sociale hanno una pluralità di aspetti qualitativi e quantitativi. In ogni soggetto coesistono pulsioni e tendenze antisociali e pulsioni e tendenze sociali. La diversità fra i soggetti che qui interessa è data dalla misura e dal modo in cui abitudini sociali e inclinazioni antisociali si intrecciano. La personalità umana è un « campo di forze » in cui operano tensioni psichiche orien-

tate sia verso l'affermazione della propria individualità, e quindi con direzione egoistica, sia nella realizzazione della propria socialità e perciò con aperture altruistiche. Rieducazione e difesa sociale sono possibili solamente se si scoprono entrambi questi poli di tendenze, con le rispettive peculiari caratteristiche, e si adoperano le misure idonee a scaricare le une in modi socialmente accettabili, ed a rafforzare le altre.

A queste caratteristiche personali si devono affiancare le situazioni ambientali. Al giurista interessano i fattori sociali della criminalità, nella prognosi sulla futura condotta del soggetto. Il giurista, invero, si trova di fronte ad un reato che è già stato commesso, e il suo compito non è di modificare la società in cui l'autore è vissuto ma di provvedere applicando le leggi vigenti, affinché nuovi reati non vengano commessi. Di conseguenza, per il giurista, acquista importanza l'ambiente in cui l'autore del reato vive o vivrà, in quanto detto ambiente influisce o influirà, in modo negativo o positivo sulla sua futura condotta e ciò anche indipendentemente dalle buone o cattive intenzioni del soggetto.

La ricerca che attiene alla personalità dell'autore, dunque, deve essere orientata sia verso gli indici rivelatori della personalità e dell'adattamento sociale, nella loro specifica qualità e misura, sia verso i fattori ambientali che favoriscono od ostacolano la commissione di reati. Inoltre, detti elementi devono essere considerati nelle diverse fasi della vita del soggetto, antecedente, contemporanea e susseguente al reato. Si può immaginare una « tavola » in cui detti indici vengano, a titolo esemplificativo, raggruppati per categorie.

Come la tavola delle classi dei reati, la tavola degli indici della personalità deve rimanere « aperta ». E ciò non soltanto nel senso che il legislatore dovrà introdurre ogni utile innovazione, ma nel senso di essere dischiusa agli insegnamenti delle scienze che studiano l'uomo e in particolare della criminologia, della psicologia, della psichiatria e della pedagogia. I giuristi che hanno sempre considerato dette scienze come « ausiliarie » del diritto penale (o, per la pedagogia, neppure tale) dovrebbero modificare la loro opinione. Dette scienze sono « integrative » del diritto penale e, senza di esse, nessun progresso è possibile nel mondo di questa immensa branca del diritto.

Detta tavola può fornire elementi sia per una valutazione che abbia per oggetto il comportamento tenuto dal soggetto nel

passato e quindi venga a sfociare in un giudizio di carattere retributivo; sia per una congettura concernente il probabile futuro comportamento del soggetto; sia al fine di predisporre ed attuare un programma di recupero sociale e di interventi sull'ambiente in cui egli si trova o verrà a trovarsi.

11. — I due criteri, della qualità del reato e della personalità dell'autore, a loro volta, possono e devono essere coordinati fra loro. Si tratta di stabilire il rapporto, giuridicamente rilevante, fra la tavola che riunisce i reati per classi di gravità e la tavola che elenca gli indici della pericolosità e dell'adattamento sociale. La soluzione deve, da un lato tener conto delle variabili che esistono all'interno di ciascuno dei due criteri fondamentali enunciati; e, dall'altro, essere praticabile. La prima esigenza può venire soddisfatta solamente mediante l'introduzione di meccanismi estremamente sofisticati. La seconda esigenza, invece, impone la massima semplificazione della materia.

Il sistema che immaginiamo può essere raffigurato graficamente in un diagramma. Sulla linea delle ascisse sono indicati i reati, riuniti in un limitato numero di classi di gravità crescente. Sulla linea delle ordinate vengono segnate le caratteristiche dei soggetti, ripartite in un limitato numero di categorie. Nei punti di intersezione delle linee che muovono dalle classi dei reati e dalle caratteristiche dei soggetti, vengono precisate le misure adottabili.

Il sistema proposto può essere determinato con maggiore precisione assegnando un punteggio sia a ciascuna delle classi di gravità dei reati, sia a ciascuna delle categorie di indici della personalità del soggetto. Il punteggio concernente ciascuna delle categorie riguardanti la personalità dell'autore può essere indicato nei suoi limiti minimi e massimi. La tavola che riporta gli indici della personalità dell'autore è integrabile con la precisazione dei punti positivi assegnati a ciascun gruppo di indici di adattamento sociale, e dei punti negativi assegnati a ciascun gruppo di indici di pericolosità. La somma algebrica di detti punteggi offrirebbe il dato per la classificazione del soggetto nella tavola delle direttive.

Anche l'introduzione di un punteggio concernente i reati è teoricamente possibile, però presenta soprattutto una difficoltà: l'elencazione di tutti i reati previsti dal codice e dalle leggi speciali vigenti, e il reperimento di criteri per ordinare secondo

criteri di valore le innumerevoli fattispecie di reati, in un modo da non rendere troppo laboriosa la ricerca di quella che interessa nei singoli casi, sembra impresa superiore alle possibilità di uno studioso e forse da tentare soltanto con l'aiuto di un elaboratore elettronico.

Per quanto attiene agli indici della personalità del reo, sarebbe incauto sottovalutare l'estrema difficoltà di tradurre in numeri elementi così fluidi e inafferrabili come tutto ciò che riguarda l'animo dell'uomo; difficoltà che già emergono con tutta la loro imponenza, quando si tenta di isolare e definire gli indici di adattamento sociale e, rispettivamente, gli indici di pericolosità. I punteggi vengono dunque indicati per far cenno ad un obiettivo da tenere in mente, più che per proporre un sistema già oggi attuabile.

In ogni caso la tavola delle direttive globali dovrà conservare un carattere esemplificativo e indicativo. Stabiliti detti criteri direttivi, però, è legittimo attendersi che il giudice, discostandosi da essi, indichi le ragioni per le quali non ha adottato il modello indicato. Dette ragioni, come ogni altra motivazione, saranno soggette a controllo. La raccolta e lo studio delle motivazioni e l'esame dei relativi casi, potrà contribuire alla integrazione ed alla correzione anche dei criteri direttivi.

12. — Il coordinamento del principio di giurisdizione col principio di funzionalità esige una diversificazione della materia in categorie, una graduazione di esse, e la attribuzione di garanzie.

I criteri per questo differenziamento sono di due ordini. Il primo attiene alla gravità dei reati. Detta gravità è ricavabile per intanto dalla qualità e misura delle pene edittali. Quanto più gravi sono le sanzioni irrogabili, tanto maggiori garanzie devono essere assicurate alle parti e tanto più equilibrati devono essere i poteri dell'accusa e della difesa.

L'attuale partizione fra delitti e contravvenzioni, benché estremamente rozza, è un primo strumento utilizzabile. L'antica divisione fra crimini, delitti e contravvenzioni, tuttora adottata in molti altri ordinamenti, costituirebbe un progresso. Qualche ulteriore passo, però, potrebbe essere fatto in questa direzione.

Per ciascuna categoria di reati, si potrà prevedere una diversa misura di garanzie. Ciò significa la creazione di differenti tipi di processo. L'esigenza di economia processuale, invero, non

viene soddisfatta mediante la previsione di un tipo unico di processo, quale che sia il fatto per cui si procede. Al contrario, soltanto la diversificazione delle procedure consente di limitare l'adozione dei meccanismi più lenti e costosi ai casi più gravi, e di adottare modalità più rapide e meno dispendiose per i casi più lievi. In qualsiasi tipo di società i mezzi disponibili sono sempre limitati. Appunto il principio di economia impone di concentrare i mezzi processuali migliori nel campo dei reati più gravi, sottraendoli necessariamente al settore dei reati meno gravi. La società ed i cittadini devono accettare un maggiore rischio di errori, quando il possibile pregiudizio è per tutti più modesto, ma hanno ragione di veder ridotto detto rischio al minimo, quando il possibile pregiudizio è per tutti più grave. Lo strumento tecnico per realizzare queste esigenze è nella previsione di più tipi di procedimento, ciascuno dei quali offra un diverso grado di garanzie e venga adottato per le differenti classi di infrazioni, formate in base alla gravità delle misure irrogabili.

Dovendosi poi prevedere che nel corso delle indagini i fatti risultino diversi da quelli che apparivano inizialmente, conviene prevedere anche la possibilità di passare da un tipo di procedimento all'altro. Inoltre, può essere utile accordare, per la scelta del tipo di procedimento, una certa misura di potere alle parti aventi interessi contrapposti. Ad esempio, l'organo che decide in ordine al rinvio a giudizio, al termine di una istruzione di tipo sommario, potrebbe essere investito della competenza e pronunciare sentenza di assoluzione o di condanna, sotto tre condizioni: che la difesa lo richieda, e l'accusa lo consenta; che la pena massima applicabile in concreto sia ridotta ad una frazione di quella massima edittale; che il giudice dell'istruzione ritenga possibile e opportuno pronunciare sentenza di assoluzione o di condanna anziché rimettere il caso al giudice ordinario del giudizio.

Il secondo criterio di differenziamento concerne il tipo di organo a cui viene attribuito il compito di giudicare. L'alternativa fondamentale è fra organo giurisdizionale e organo amministrativo. L'indipendenza da ogni altro potere dello Stato è accordata solamente ai giudici della giurisdizione e, quindi, assicura l'imparzialità sul piano organico. Si è però constatato che la parzialità risorge all'interno dell'indipendenza organica, allorché il giudice si serve dei propri poteri per realizzare una

politica personale o di partito. Ai dipendenti della pubblica amministrazione, invece, non è assicurata la garanzia dell'indipendenza; al contrario, non soltanto l'amministrazione è organo del potere esecutivo e, quindi, politico, ma è strutturata secondo un ordine gerarchico che obbliga ogni suo appartenente ad osservare le disposizioni dei propri superiori. Però, questa mancanza di indipendenza è bilanciata dalla regola, imposta a livello costituzionale, per cui i pubblici uffici sono organizzati in modo da assicurare l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.); regola che necessariamente va estesa all'attività di tutti i pubblici dipendenti. L'obbligo di imparzialità, così, si trasferisce dagli organi alle persone.

I giudici hanno una formazione quasi esclusivamente giuridica e non posseggono specifica preparazione nelle scienze che studiano l'uomo. Né si può pretendere che un uomo, per quanto studioso, abbia alta competenza in settori così diversi. Di conseguenza, il giudice, quando deve valutare la « capacità a delinquere » o la « pericolosità » del reo viene chiamato a svolgere un compito per il quale non è « professionalmente » preparato.

La pubblica amministrazione e in particolare il Ministero di Grazia e Giustizia può avere, come ad alti livelli ha e, comunque, può formare personale con una valida preparazione specifica nei settori della criminologia, della psicologia, della pedagogia e affini. Anche elementi scelti fuori dall'ambito della magistratura e della pubblica amministrazione possono offrire garanzie di imparzialità e di competenza. I Tribunali per i minorenni (R.D.L. 20 luglio 1934, n. 1404) costituiscono di norma un valido esempio di tale possibilità. Senza dubbio è questo un settore di studio e di ricerca che può essere sviluppato.

Un ulteriore accorgimento per assicurare imparzialità e competenza specifica è nel bilanciamento di poteri fra organi giurisdizionali e organi amministrativi. Nulla vieta che elenchi di persone idonee siano formati dagli organi della pubblica amministrazione (giudiziaria); e che gli organi giurisdizionali scelgano da detti elenchi le persone con le quali integrare collegi aventi compiti giurisdizionali. Un'altra soluzione è di demandare ad organi giurisdizionali l'applicazione di determinate misure alternative e in particolare quelle che si applicano in giudizio, quali la sospensione condizionale della pena e il perdono giudiziale; e ad organi amministrativi non soggetti a subordi-

nazione gerarchica il compito di applicare altre misure, che richiedono un approfondito esame della personalità del soggetto, quali l'affidamento in prova, la semilibertà, le licenze. Altra soluzione ancora è nel creare, a livello di direzione generale del Ministero di Grazia e Giustizia, un organo con compiti di studio, di sperimentazione e di consulenza in materia di pericolosità e di adattamento sociale, nonché di applicazione ed esecuzione delle pene e di misure alternative.

La sempre maggiore complessità dei problemi che il progredire dei tempi porta con sé, rende di volta in volta più difficile escogitare soluzioni e prevederne tutte le conseguenze. Si rende dunque opportuno introdurre anche nel campo del diritto quel collaudo pratico dei nuovi modelli che è ormai regola in molti altri settori delle moderne attività. Nel nostro caso si tratterà di fare applicare a taluni organi amministrativi e giudiziari, ed in determinati casi, scelti col consenso delle parti interessate, nuove formule e metodi, verificarne la validità e correggerne i difetti, prima di tradurle in leggi. Nel campo delle sanzioni penali e dei loro presupposti, nonché delle procedure da seguire, ricerca e sperimentazione dovranno abbattere gli steccati che ancora dividono il mondo del diritto da quello delle discipline criminologiche, psicologiche, psichiatriche e pedagogiche.