

LA RETROATTIVITÀ DELLA PENA MITE

“La mitezza [...] è l'unica suprema potenza (badate, la parola potenza usata per designare la virtù che fa pensare al contrario della potenza, alla impotenza, se pur non rassegnata) che consiste nel lasciare essere l'altro quello che è”

-BOBBIO N., *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, 2014-

Una riflessione, seppur brevissima, sull'universo carcerario non può prescindere da un succinto ricordo del Beccaria che, nel momento in cui si interrogava sull'effettività delle pene, scrisse pagine bellissime nelle quali ne predicava la dolcezza: *“Gli uomini sono racchiusi fra certi limiti, sì nel bene che nel male; ed uno spettacolo troppo atroce per l'umanità, non può essere che un passeggero furore, ma non mai un sistema costante, quali debbono essere le leggi; che se veramente son crudeli, o si cangiano, o l'impunità fatale nasce dalle leggi medesime”*¹. Il moderno sistema penale, d'altronde, è, spesso e volentieri, vittima di sé stesso: nel momento in cui dichiara di voler rieducare i propri consociati, infatti, non riesce ad arginare il tasso imbarazzante della recidiva e, forse ancor peggio, gli spiacevolissimi fatti di cronaca che trasudano dalle mura delle carceri gettano in un profondo disagio chiunque si accinga a parlare della rieducazione delle pene.

L'attuale sistema carcerario sembra assomigliare ad un quadro di Picasso: benché agli occhi dei più quest'ultimo apparisse come il pittore più moderno-anche e soprattutto per l'orrore che suscitavano i suoi quadri-la sua opera era, in realtà, intrisa di antico². Il carcere, non dissimilmente, benché alcuni lo acclamino come pena della modernità, appare fortemente intriso di antico. Si pensi, ad esempio, all'istituto giuridico della vendetta raccontato nella tragedia greca: una vendetta regolamentata ed istituzionalizzata che, purtuttavia, trovava il proprio limite nel momento in cui non riusciva a spezzare la catena delle vendette. *“Dove mai avrà termine, dove mai placata cesserà la furia di Ate”*³: chiedeva il coro della tragedia, sollevando i gravi interrogativi e le profonde disfunzioni riscontrabili ora come allora. La rieducazione del reo, infatti, non può perseguirsi se non ricordando ed affermando quanto detto da

¹ BECCARIA C., *Dei Delitti e delle Pene. Consulte criminali*, Milano, 2012, pagina 20

² MARANI F., *Il rapporto di Picasso con l'antico:al bacio*, in *il Venerdì di Repubblica*, numero 1594, pagina III

³ ESCHILO, *Le Coefore*, versi del Coro

Viganò: “*il detenuto non è il suo reato, è una persona*”⁴: il diritto penale rieduca nel momento in cui cessa di colpire il criminale decidendo di educare il colpevole.

È in tale contesto che si inserisce, forse, la recente sentenza della Cassazione chiamata a risolvere la seguente questione di diritto: “*se, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, debba trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta ovvero quella vigente al momento dell’evento*”⁵. Il caso: Tizio investiva con la propria autovettura Caio; successivamente, a seguito del sinistro stradale, interveniva la morte di Caio. La legge vigente all’epoca della condotta, tuttavia, era l’art. 589 comma II c.p. il quale prevedeva una circostanza aggravante soggetta a bilanciamento mentre, viceversa, l’evento, essendo successivo all’entrata in vigore della l. n. 41 del 2016, risultava disciplinato dall’autonoma e più sfavorevole fattispecie incriminatrice dell’art. 589 bis c.p. Quale norma penale applicare all’incauto Tizio?

La Cassazione a sezioni unite ha risposto enunciando il seguente principio di diritto: “*in tema di successione di leggi penali, a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta*”⁶. Si tratta, a ben vedere, di una lettura dell’art. 2 del c.p., secondo il quale “*se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*”⁷, costituzionalmente orientata: è, infatti, pacifico che l’irretroattività della norma penale più sfavorevole sia un “*valore assoluto non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali*”⁸ garantito dall’art. 25 comma II della Costituzione. Il principio di irretroattività della norma più sfavorevole, infatti, è formulato in tal modo perché vuole stabilire “*in maniera precisa che la norma di legge penale deve persistere non solo all’evento, ma anche all’azione [perché è in quest’ultima che] si realizza il contrasto tra la volontà imputabile del delinquente e la volontà della legge*”⁹.

⁴ MILELLA L., *I Giudici della Consulta in carcere dai detenuti*, in *La Repubblica* de 5 ottobre 2018 pagina 10

⁵ Cassazione Penale, SS.UU., 19 luglio 2018, n. 40986

⁶ *Ibidem*

⁷ Art. 2 Codice Penale

⁸ Corte Costituzionale, n. 394 del 2006

⁹ LEONE G., *Intervento in Lavori preparatori assemblea costituente*, citati in *sub nota* 5)

Al di là delle disquisizioni dottrinarie preme sottolineare che la recente pronuncia delle sezioni unite sembra poter contribuire, forse più di quanto vorrebbe, alla creazione di pene più miti: e, si badi, non tanto in sede di discussione del processo quanto, piuttosto, nella fase esecutiva della pena. Il probato avvocato penalista, infatti, ben potrà evidenziare, nel corso del processo, la norma penale applicabile al proprio assistito anche allorquando vi sia una discrasia temporale tra la condotta e l'evento e diviene, pertanto, maggiormente degno di interesse ipotizzare i possibili risvolti applicativi-della sentenza in commento-nell'ambito delle condanne in esecuzione.

Si pensi, in particolare, allo strumento processuale definito “incidente di esecuzione” e disciplinato dagli artt. 666 e ss. c.p.p. L'art. 7 della CEDU, secondo il quale “nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso¹⁰⁾”, è già stato, ad esempio, letto dalla Corte Europea¹¹ nel senso che “non sancisce[a] solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente il principio della retroattività della legge penale meno severa¹²⁾”. L'articolo 15 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, non dissimilmente, ribadisce che “se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne¹³⁾”: la *lex mitior*, in sintesi, può e deve abbattere le barriere del giudicato penale. La Cassazione, d'altronde, nel 2012-con una sentenza apparentemente “*demodè*”-afferma che il “superamento del giudicato di fronte alle primarie esigenze, insite nell'intero sistema penale, di tutelare il diritto fondamentale della persona alla legalità della pena anche in fase esecutiva e di assicurare parità di trattamento tra i condannati che versano in una identica situazione” è legittimo confermando, con tali parole, la friabilità dell'antico(?) “dogma” del giudicato penale.

La sentenza del 19 luglio, pertanto, nel momento in cui afferma che “a fronte di una condotta interamente posta in essere sotto il vigore di una legge penale più favorevole e di un evento intervenuto nella vigenza di una

¹⁰ Art. 7 CEDU

¹¹ Sentenza Scoppola c. Italia del 17 settembre 2009

¹² *Ibidem*

¹³ Art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici

Commentato [DM1]:

Commentato [DM2R1]:

legge penale più sfavorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della condotta¹⁴” va ad erodere, potenzialmente, numerose sentenze di condanna passate in giudicato. Nel caso in cui, infatti, un soggetto sia stato giudicato e condannato sulla base di una norma penale sfavorevole (applicandogli, cioè, la legge penale deteriore ma vigente al momento dell’evento) la sua pena dovrebbe essere rideterminata sulla base della normativa più favorevole in vigore all’epoca della condotta.

Gli strumenti processuali per raggiungere tale obiettivo, tuttavia, sono piuttosto scarni: se è inutile parlare, in tali casi, di revisione, infatti, è altrettanto difficile adattare l’onnipresente incidente di esecuzione: non sono certamente pochi, nella pratica, i giudici dell’esecuzione che continuano a proclamare l’intangibilità del sacro giudicato. A modestissimo parere di chi scrive, tuttavia, l’ordinamento giuridico non dovrebbe temere la modificabilità del giudicato: non è certamente punendo “disugualmente gli uguali” che si può ottenere la presunta certezza del diritto. Il giudicato penale, infatti, nel momento in cui si palesa come espressione di una punizione maggiormente afflittiva rispetto ai casi analoghi crea incertezza giuridica ed è illegittimo.

Nei libri di diritto romano si legge che il celebre giurista Gaio indicò nell’eccessiva pedanteria-*nimia subtilitate*¹⁵-il motivo per il quale le *legis actiones* vennero sostituite dal processo formulare: ebbene si potrebbe dire provocatoriamente (ma non troppo) che continuare a credere che la certezza del diritto nasca dall’intangibilità del giudicato è *nimia subtilitate*. Si potrebbe, a ben vedere, dire anche qualcosa in più: fino a che punto è legittimo e conforme alla Costituzione un giudicato penale che punisce dissimilmente gli uguali? La rideterminazione della pena e la tangibilità del giudicato non solo non dovrebbero spaventare ma, casomai, devono ritenersi auspicabili allorquando allineino nuovamente la pena agli artt. 3, 111 e 27 della Costituzione.

Si potrebbe chiudere con una riflessione: fino a che punto è costituzionalmente legittima l’assenza, nel nostro ordinamento, di uno strumento *ad hoc* per rideterminare una pena illegittima e per modificare il giudicato penale? La pena è mite solamente quando non deifica le condanne definitive a scapito dei

¹⁴ *sub* nota 5)

¹⁵ Gaio IV, 30

condannati e, conseguentemente, si flette e muta pur di essere sempre conforme alla Costituzione: la mitezza del diritto è rieducazione.

Daniel Monni