

EVOLUZIONE DEL SISTEMA PENALE E GIUDIZI DISCREZIONALI

*Atti del convegno organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Firenze tenutosi a Villa Ruspoli il 9 e 10 maggio 2024*

Presentazione di Francesco Palazzo e Roberto Bartoli

Si pubblicano qui gli Atti del Convegno *Evoluzione del sistema penale e giudizi di discrezionalità*, organizzato a Firenze nei giorni 9 e 10 maggio 2024. Molti i temi toccati nelle relazioni scritte dagli autorevolissimi Relatori e che non saremmo in grado nemmeno di lambire in queste poche righe introduttive.

Ci limiteremo qui ad accennare a tre snodi centrali che attraversano in forma trasversale tutti gli elaborati. Anzitutto, la questione cruciale del concetto di discrezionalità giudiziale. Si deve riconoscere che esistono tante tipologie di discrezionalità (politico-legislativa, politico-amministrativa e giudiziale) e che ogni tipo di discrezionalità non può non avere una propria fonte di copertura. Ebbene, se la stessa discrezionalità politico-legislativa oggi ha una fonte di copertura consistente nel costituzionalismo; se la discrezionalità amministrativa conosce un persistente vincolo nella legge sul piano della coerenza dei mezzi rispetto alla scopo; la discrezionalità giudiziale in ambito penale sembra invece conoscere una progressiva trasformazione, per cui dall'idea che a coprire la discrezionalità sia la stessa legge, ci si sta sempre più orientando verso l'idea che la copertura sia offerta dai principi costituzionali, da una sorta di teleologismo costituzionalmente orientato, al pari di quanto accade per la discrezionalità legislativa.

Ciò si coglie molto bene mettendo in risalto la differenza che intercorre tra l'attività interpretativa del giudice e quella discrezionale di commisurazione della pena che sempre il giudice deve esercitare. Si è soliti dire che la differenza starebbe nel tipo di attività, per cui se con l'interpretazione il giudice attribuisce un significato al significante, attraverso la discrezionalità il giudice assume una decisione. Se quanto affermato è vero, tuttavia, non si può fare a meno di osservare come anche nell'interpretazione possa esservi una decisione, soprattutto oggi che, come ha chiarito l'ermeneutica, il giudice a ben vedere si ritrova a scegliere tra più opzioni interpretative che possono risultare tutte coerenti con la lettera e lo scopo perseguito dalla norma. D'altra parte, la decisione derivante dall'esercizio della discrezionalità non è appesa al nulla, dovendo essere necessariamente orientata da criteri normativi.

La differenza si potrebbe quindi cogliere nel fatto che mentre nell'interpretazione v'è un forte vincolo di legalità, nella discrezionalità i margini sono molto più ampi. Vero anche questo, ma anche su questo punto occorre fare attenzione. Pure nell'interpretazione vi sono margini di manovra, così come anche la discrezionalità è attività che conosce regole poiché altrimenti si dissolverebbe in arbitrio. Insomma, la distinzione tra interpretazione e discrezionalità non è meramente quantitativa, relativa all'ampiezza dei margini di manovra, ma qualitativa.

Un buon punto di partenza, ci pare allora quello di muovere dalla diversa fonte di copertura ovvero dalla diversa legalità che sovrintende all'interpretazione e alla discrezionalità: mentre la prima descrive una fattispecie ovvero mezzi e scopi sono delineati dal legislatore (potremmo dire che gli stessi scopi sono delineati dal legislatore attraverso la definizione dei mezzi), diversamente la legalità che implica discrezionalità è una norma senza fattispecie, con la conseguenza che abbiamo nella sostanza una legalità di scopo, se non addirittura di vero e proprio risultato, che lascia al giudice ampi margini nella individuazione dei mezzi orientati al fine.

Ma è proprio su questa scia che forse potremmo dire di più. Interpretazione e discrezionalità si possono considerare due attività di concretizzazione, che segnano il passaggio dalla norma astratta al caso concreto. Tuttavia, mentre l'interpretazione realizza una concretizzazione che presuppone comunque un livello di astrazione "di partenza", la discrezionalità si caratterizza invece per una concretizzazione pressoché totale. Insomma, l'interpretazione si pone tra la legge astratta e il fatto concreto operando un incontro a mezza via (tant'è vero che l'esito è di conformità o meno al tipo), la discrezionalità, invece, va a compiere un giudizio del caso concreto la cui regola è regola del caso concreto, derivante da una valutazione caratterizzata da oggetto, criteri e struttura che devono essere ricavati dal giudice attraverso la finalità dell'istituto. Ecco che la nozione di discrezionalità giudiziale comprende non solo e non tanto i casi di indeterminatezza intenzionale del legislatore, ma piuttosto i casi di indeterminatezza strutturale, dove anche se vi sono indicazioni da parte del legislatore la tipologia di attività che si va a compiere è di così "elevata" e intensa concretizzazione, che implica necessariamente e fisiologicamente spazi in bianco che possono essere coperti soltanto dal giudice. Un vuoto fisiologico di legalità!

Ecco allora emergere un secondo tema: se non è la legalità che copre la discrezionalità giudiziale, chi offre siffatta copertura, indispensabile per non cadere nell'arbitrio? La copertura sembra provenire, in ultima analisi, proprio dai principi costituzionali. Potremmo dire che i principi costituzionali giungono direttamente nelle mani del giudice e guidano la sua attività. Insomma, i principi costituzionali indicano lo scopo e il risultato da perseguire e attraverso la loro guida il giudice compie la selezione dei fatti e struttura il giudizio. Ecco allora che discrezionalità giudiziale e principi costituzionali divengono nella sostanza due facce della stessa medaglia: da un lato, i principi costituzionali che attengono alla pena come la personalità della responsabilità

penale, la proporzione, l'eguaglianza e la ragionevolezza, la rieducazione, l'umanità della pena, l'individualizzazione della pena divengono i criteri di esercizio del potere discrezionale; dall'altro lato, tali principi vengono affidati attraverso la discrezionalità giudiziale alla concretizzazione massima possibile proprio perché non mediata dalla fattispecie.

È alla luce di questo quadro che si deve mettere in evidenza un terzo tema, quello della legalità ed i connessi problemi delle "rigidità legislative": pene fisse, automatismi applicativi, blindature del bilanciamento, preclusioni soggettive e oggettive, basate sul titolo di reato. Ebbene, se, da un lato, è indubbio che tutti gli automatismi confliggono con la discrezionalità, dall'altro lato, non si può non riscontrare la difficoltà a riconoscere l'estrema tensione di alcune tipologie di automatismo con i principi di garanzia. Si pensi al solo tema della fissità delle pene, che senz'altro preclude una commisurazione in concreto riguardo al fatto e alla personalità del reo necessariamente sempre diversi. Ebbene, dichiarare l'illegittimità *tout court* del meccanismo della pene fisse avrebbe come prima conseguenza fondamentale l'eliminazione di una pena come l'ergastolo.

Molti altri temi si potrebbero affrontare: la discrezionalità in sede di esecuzione, i giudizi di pericolosità, e soprattutto il controllo della Corte di cassazione sulle valutazioni discrezionali. Ma a questo punto non possiamo che rinviare alle autorevolissime Relazioni qui pubblicate, nella consapevolezza che attraverso la loro pubblicazione si potrà agevolare una riflessione e un confronto su un tema tanto centrale quanto ancora poco esplorato quale appunto la discrezionalità giudiziale.

Infine, nella consapevolezza di quanto il tema della discrezionalità viva nell'esercizio della giurisdizione, abbiamo ritenuto opportuno pubblicare, assieme agli Atti del Convegno, anche la Relazione tematica *Il sindacato della Corte di Cassazione in materia di trattamento sanzionatorio*, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, redatta il 3 settembre 2024 dalla Consigliera Valeria Bove, sotto la Direzione della Presidente Maria Acierno e la Vicedirezione del Presidente Angelo Caputo. Si ringraziano il Presidente Alberto Giusti e il Cons. Antonio Corbo, Direttore e Vicedirettore dell'Ufficio del Massimario, per aver autorizzato la pubblicazione.