

Nello ROSSI

Ho ascoltato con interesse l'intervento del Ministro, che ci ha ricordato una cosa molto importante: “Ai professori o ai magistrati che si lamentano della cattiva o mediocre qualità della legislazione – ci ha detto - vorrei ricordare che il processo legislativo è una cosa travagliata e viviamo nel diritto penale all'epoca del populismo”.

Il richiamo alle difficoltà interne della politica è giusto, è anche un richiamo sano: da sempre, per certi aspetti, il processo legislativo è travagliato, anche se io non condivido francamente il rimpianto per epoche in cui erano pochi a concordare le leggi. L'ultima volta che qualcuno ha confessato di aver concordato le leggi tra pochi, concedetemi la battuta, è stato in una baita di montagna ed è uscito il *Porcellum* che è stato devastante.

Qui nessuno è un panpenalista o aspira a esserlo, sappiamo bene che il diritto penale è e deve rimanere frammentario, è e deve rimanere l'ultima istanza. Tra l'altro, devo dire che su un tema antico, che pure rimane assolutamente centrale, come quello della prescrizione dalla magistratura sono venute proposte estremamente ragionevoli. Ricordiamo le parole che Francesco Carrara, in epoca di illuminismo penale, diceva sulle funzioni della prescrizione e sul suo significato per l'imputato, che si deve difendere provando, e a distanza di anni l'innocente, che è tutelato nel processo penale, avrebbe difficoltà enormi: nessuno mette ciò in discussione, anche se un collocamento della prescrizione alla fine del primo grado di giudizio è proposta più che ragionevole e avanzata da più parti.

Ma per rispondere alla domanda puntuale che mi ha fatto Luigi Ferrarella, noi abbiamo avuto anche di recente norme in materia di processo. Interventi recenti – non parlo qui né della prescrizione né del sistema delle impugnazioni o dell'inflazione dei ricorsi per Cassazione, temi antichi che a parlarne divento noioso a me stesso – che dovrebbero andare nella direzione dello snellimento del processo, ma in cui ravviso contraddizioni che noi viviamo direttamente perché si scaricano anche sulla magistratura che applica le leggi.

Faccio un esempio importante: per anni se non per decenni abbiamo chiesto – io come tanti altri che mi hanno preceduto e seguito quale rappresentante dell’Associazione nazionale magistrati – che ci venisse dato uno strumento di deflazione del carico penale, la tenuità o irrilevanza del fatto, meglio ancora l’irrilevanza dell’offensività, per poter così arrivare a una serie di archiviazioni che tagliassero verso il basso tutta una serie di fatti che astrattamente erano riconducibili a un’ipotesi di reato. Oggi ci vediamo consegnata una legge sulla tenuità del fatto e probabilmente la gente chiede che uso ne facciamo, se la utilizziamo e in che modo e perché e se funziona o no. E allora alcune cose le dobbiamo dire.

Non è un caso che, come sempre accade in questo Paese, la prima attenuazione della tenuità del fatto sia stata fatta in Cassazione. Cosa un po’ paradossale, ma si sono presentati gli avvocati e legittimamente hanno detto: “Hai accertato l’elemento oggettivo, hai accertato l’elemento soggettivo, hai accertato la perfetta rispondenza e così via, sei arrivato alla fine del processo, ma non hai ancora accertato, perché è una causa di non punibilità sostanziale, se il fatto è tenue”. E hanno chiesto di ricominciare il giudizio. La tenuità del fatto è diventata un istituto di diritto sostanziale, con tutti i problemi che ne derivano, e non un istituto processuale che avrebbe permesso di snellire.

Ma il vero problema non è nemmeno questo, il vero problema è che con la tenuità del fatto noi non riusciamo a esercitare, secondo me per difetti dell’istituto, quella potente deflazione che avrebbe permesso a tutto il processo penale di recuperare agibilità e respiro per fare le cose importanti, serie, dannose per i cittadini.

Io ho lasciato la Procura della Repubblica due mesi fa, ma avevamo discusso di questo istituto e della sua applicazione: se io oggi devo chiedere l’archiviazione nei confronti di un soggetto, mi limito a motivare questa archiviazione, rivolgo la mia richiesta al giudice e questo chiude il percorso: quindi, in maniera più o meno rapida, sono arrivato a una determinata conclusione.

Se noi invece guardiamo la sequenza di adempimenti che sono necessari per arrivare a un’archiviazione per tenuità del fatto, occorre intanto fare l’avviso all’indagato, l’avviso alla

persona offesa anche se non ha chiesto di essere avvisata - tutte cose giuste nell'ottica di una causa di non punibilità – e poi dobbiamo aspettare l'eventuale opposizione della persona offesa, quindi l'udienza preliminare e alla fine l'archiviazione per tenuità del fatto che però, per la giusta ragione di conservare memoria di questa archiviazione, viene iscritta nel casellario, il che è un potente deterrente o dissuasivo nei confronti del soggetto che deve accettare questa archiviazione.

Io sono convinto che sia un istituto significativo da cui discenderanno anche vantaggi di giustizia sostanziale, perché specie nei sofisticati casi di confine la panoplia degli strumenti che il giudice ha a disposizione è una ricchezza del nostro diritto e quindi ci sarà un guadagno nei casi in cui il giudice all'esito del processo arriverà a pronunciare un'assoluzione per tenuità del fatto, ma non è il potente strumento di deflazione che la magistratura aveva per decenni chiesto e che avrebbe permesso guadagni di celerità e di smaltimento di un carico penale che tutti riconoscono enorme.

Questa è una prima critica, che attiene ai meccanismi dell'istituto e non è di poco conto, perché non vorremmo poi essere indicati noi come quelli che hanno disatteso e non utilizzato uno strumento prezioso. Lo strumento è in realtà complicato, forse può essere snellito, forse può essere cambiato.

Un'altra considerazione invece, questa più opinabile, è che, a mio avviso, si poteva essere più coraggiosi perché la limitazione a 5 anni del livello di pena per cui si può chiedere la tenuità del fatto può essere, per certi aspetti, problematica. Conosco casi di peculato che possono essere tranquillamente definiti di lieve entità e persino una bancarotta può essere definita tale, quindi si sarebbe potuto operare questo taglio verso il basso, naturalmente con precise eccezioni, anche per una più ampia serie di reati.

Un'altra considerazione riguarda invece le nuove norme in tema di misure cautelari. Anche qui, come sempre, ci sono dei chiaroscuri. Ci sono molte norme sicuramente condivisibili: è stata restituita al giudice, ed è importante, una discrezionalità nel valutare e graduare le misure; è giustissimo allungare la durata delle misure interdittive, che ci permettono a volte di non applicare misure limitative della libertà nei confronti di una serie di soggetti della pubblica amministrazione.

Ma c'è un'obiezione di fondo, che pongo da cittadino più che da magistrato: non ho mai pensato che si potessero sostituire le misure cautelari alla giurisdizione e al suo esercizio, però il legislatore ha fatto un esercizio di astrazione, ha riformato in particolare le misure cautelari richiedendo il requisito dell'attualità per tutte le esigenze cautelari, come se alle spalle di quelle misure ci fosse un processo funzionante ed efficace, che in tempi rapidi dà un risultato. Quel "come se" fa però la differenza, perché alle spalle non c'è questo.

Un esempio concretissimo, non citerò nomi ma è tratto dalla realtà: c'è un imprenditore italiano – a proposito, ritorniamo al tema dell'affidabilità – che ha un grande progetto e chiede un prestito di 25 milioni di euro a una banca tedesca per investimenti stranieri; non restituisce più una lira e la banca lo denuncia per truffa, nel frattempo l'imprenditore fallisce. In ogni altro Paese del mondo, se qualcuno si fa dare da una banca 25 milioni e in maniera artificiosa, e non perché è un imprenditore sfortunato, non restituisce niente, lo prendono e lo mettono in galera... La truffa, comunque, era troppo poco, c'era una bancarotta: noi abbiamo un'ordinanza del Tribunale del riesame che applicando le nuove norme dice: "Sì, ci sono gravi indizi di bancarotta, ci sono gravi indizi di truffa, ma niente in tema di attualità". Questo imprenditore lo rivedremo fra dieci anni, perché questi sono i tempi della giustizia italiana, condannato magari definitivamente per bancarotta. Ora faccio un ragionamento sul filo del puro realismo: voi pensate che una banca tedesca ripeterà un'esperienza del genere di fronte al nostro sistema penale? Probabilmente no, e avremo una perdita in termini di affidabilità.

Io non penso affatto, e non vorrei che qualcuno mi accusasse di questo, che si possa costruire il circuito breve delle misure cautelari alternativo alla giurisdizione, penso però che quel "come se" debba diventare realtà, e questo impegna tutti sul terreno di una riforma del sistema delle impugnazioni e del sistema della Cassazione e a ragionare anche sulla parziale esecutività delle sentenze di primo e di secondo grado. In definitiva, impegna tutti a fare in modo che quel "come se" non sia un esercizio di astrazione, perché il "come se" è sempre molto, molto pericoloso quando si parla di giustizia penale, perché ci colloca in un mondo forse più giusto e forse in astratto più

significativo, ma priva questo diritto penale di ogni deterrenza. Il diritto penale non è la panacea di tutti i mali e va circoscritto nel suo ambito, ma nel suo ambito deve essere effettivo e di fronte a casi limite deve anche saper far male, perché altrimenti la sua forza di deterrenza perde assolutamente di significato.